

المَشْرِعُ النُّوَوِيُّ

مِنْ مِنْهَاجِ النَّوَوِيِّ

تَأَلَّفَ الْعَلَّامَةُ الْفَقِيهَ الْمُحَدِّثُ
مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي بَكْرٍ بْنُ الْحُسَيْنِ الْمُرَائِغِي
(٧٧٥ - ٨٥٩ هـ)

عَنِّي بِهِ

أَنُورُ بْنُ أَبِي بَكْرٍ الشَّيْخِي الدَّاعِيسْتَانِي
وَاللَّجَنَةُ الْعِلْمِيَّةُ بِدَارِ بَابِ الْأَبْوَابِ
بِالتَّعَاوُنِ مَعَ الشَّيْخِ طَلَّةِ الْمَعْرُوفِيِّ الدَّاعِيسْتَانِي

الْمَجْلَدُ الرَّابِعُ
كِتَابُ الْبَيْعِ - بَابُ الصَّمَانِ

دَارُ الصِّيَابَةِ

لِلنَّشْرِ وَالتَّوَزُّعِ
الْكُوفَةِ

عَلَمُ الْإِحْيَاءِ الدَّرَابِ

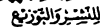
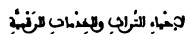
وَالْخِدْمَاتِ الرَّقْمِيَّةِ
لندن - مصر



المبتدع السروي

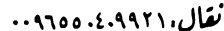
مِنْ مِنْهَاجِ النَّوَوِيِّ

٤



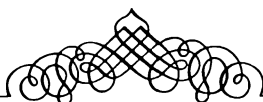
بَلَدُ الْوِلَايَةِ: بَيْرُوت - لُبْنَان
التَّجْلِيدُ الْفَنِّي: شَرِكَةُ قُرْأَاتِ الْبَيْتِ لِلتَّجْلِيدِ ش.م.م.
بَيْرُوت - لُبْنَان

جميع الحقوق محفوظة
الطبعة الأولى
١٤٤٥هـ - ٢٠٢٤م



www.daraldeyaa.net

info@ilmarabia.com



تلیف فاکس: ۲۲۶۵۸۱۸۰ نقال: ۵۰۴۰۹۹۲۱

محمول: ۳۷۳۹۴۸۰۰۲۰۱۰۰۰

محمول: ۰۰۲۰۱۰۹۸۳۲۵۸۳۲

هاتف: ۴۳۲۹۳۳۲ - ۲۰۵۱۵۰۰

هاتف: ۴۹۲۵۱۹۲ فاكس: ۴۹۳۷۱۳۰

هاتف: ۶۳۱۱۷۱۰

هاتف: ۸۳۴۴۹۴۶ فاكس: ۸۴۳۲۷۹۴

هاتف: ۰۰۴۴۷۴۷۲۰۴۲۸۲۴ هاتف: ۰۰۴۴۷۴۹۵۰۷۴۰۲۵

هاتف: ۰۰۲۱۲۵۲۲۲۷۴۸۱۷

هاتف: ۰۲۱۲۶۳۸۱۶۳۳/۳۴ فاكس: ۰۲۱۲۶۳۸۱۷۰۰

هاتف: ۰۰۷۹۸۸۳.۳۱۱۱۱ - ۰۰۷۹۸۸۷۷۳.۳.۶

هاتف: ۰۰۷۹۲۸۸۷۲۹۵ - ۰۰۷۹۲۸۸۶۶۱۴۷۴

هاتف: ۲۲۲۸۳۱۶ فاکس: ۲۴۵۳۱۹۲

مكتبة الروضة الندية- الخرطوم- شارع المطار هاتف: ٠٠٢٤٩٩٩٠٠٤٣٥٧٩

هاتف: ۰۶۴۶۵۳۳۹۰ - ۰۷۸۸۲۹۱۲۳۲

هاتف: ۰۹۱۳۷۰۶۹۹۹ - ۰۲۱۳۳۳۸۲۳۸

شارم عمرو ابن العاص

لا يسمح بإعادة نشر هذا الكتاب أو أي جزء منه بأي شكل من الأشكال أو نسخه أو حفظه في أي نظام إلكتروني أو ميكانيكي يمكن من استرجاع الكتاب أو أي جزء منه، وكذلك لا يسمح بالاقتراس منه أو ترجمته إلى أي لغة أخرى دون الحصول على إذن خطي من الناشر.



المَشْرِعُ النُّوَوِيُّ

مِنْ مِنْهَا جِ النَّوَوِيِّ

تَأَلَّفَ الْعَلَّامَةُ الْفَقِيهَ الْمُحَدِّثُ
مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي بَكْرٍ بْنُ الْحُسَيْنِ الْمَرَاغِي
(٧٧٥ - ٨٥٩ هـ)

عَنِّي بِهِ

أَنُورُ بْنُ أَبِي بَكْرٍ الشَّيْخِي الدَّاعِسْتَانِي
وَاللَّجَنَةُ الْعِلْمِيَّةُ بِدَارِ بَابِ الْأَبْوَابِ
بِالتَّعَاوُنِ مَعَ الشَّيْخِ طَهِّ الْمَعْرُصِيِّ الدَّاعِسْتَانِي

المَجْلَدُ الرَّابِعُ
كِتَابُ الْبَيْعِ - بَابُ الضَّمَانِ

دَارُ الضَّيَاءِ

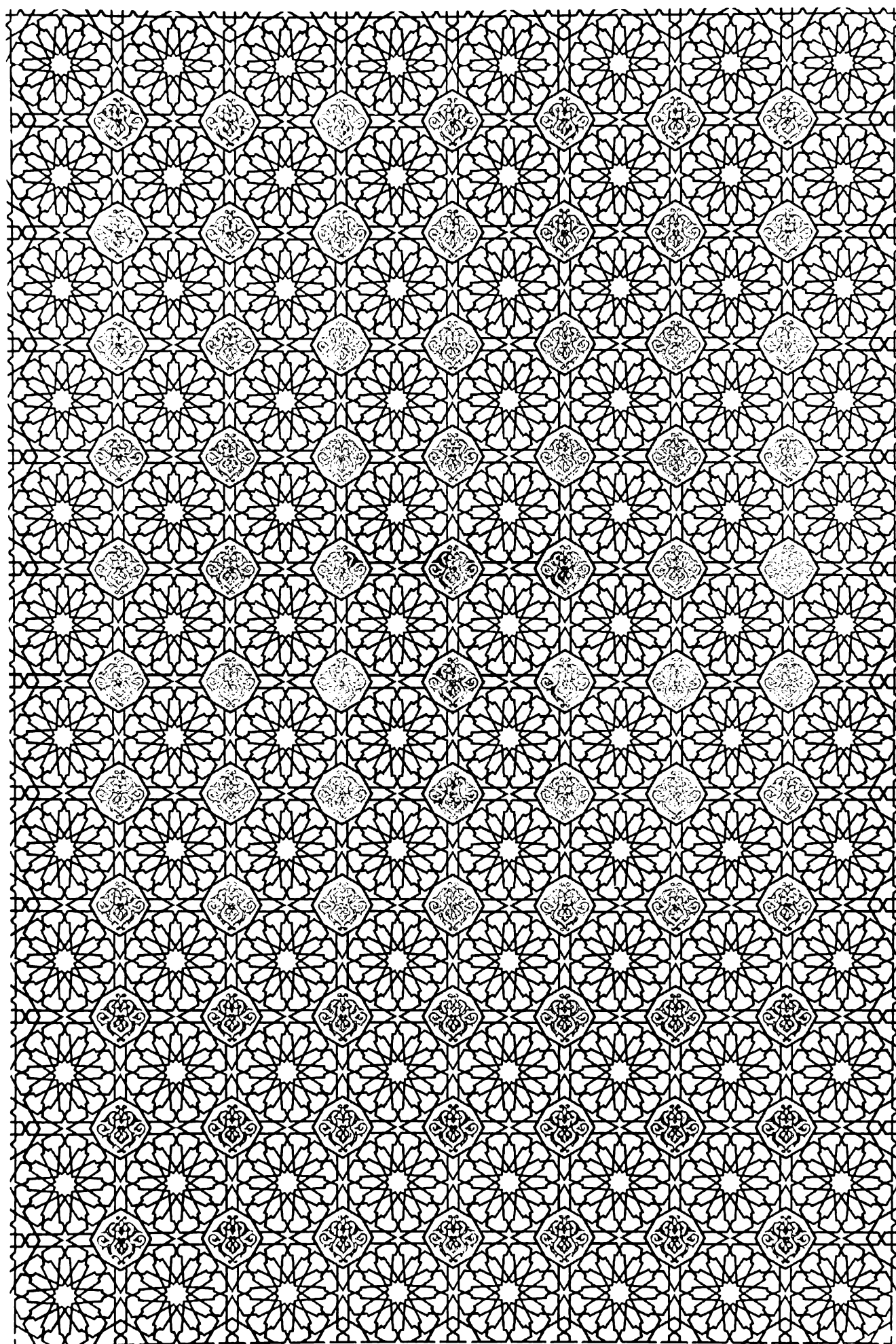
لِلنَّشْرِ وَالتَّوْزِيعِ
الْكُوتِ

عَلَيْهِ الْأَخْيَارُ الْإِسْلَامِيُّ

وَالْخِدْمَاتُ الرَّقْمِيَّةُ
لَنْدُن - مِصْر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب البيع



كِتَابُ الْبَيْعِ

.....

(كتاب البيع)

البيع : يطلق على قسيم الشراء ، وحدّه : نقل ملك إلى الغير بثمن ،
والشراء : قبوله ، ويطلق كل منهما على الآخر ، قال تعالى : ﴿ وَشَرَوْهُ
بِثَمَنِ ﴾ [يوسف : ٢٠] أي : باعوه ، وقال الشاعر :

..... وَبِعْتَ لِذُبْيَانَ الْعَلَاءَ بِمَالِكَ^(١)

أي : اشتريت لهم الشرف .

ويسمى العقد المركب منهما : بيعاً ، وهو مراد المصنف ، فيقال فيه :
هو : مقابلة مالٍ بمال .

وأورد عليه في « المهمات » القرض والإجارة ، وأنه ليس فيه دلالة على
المقصود ؛ لأنه لم يتعرض لكونهما في عقد^(٢) .

قال ابن العماد : لا يَرِدُ القرض ؛ لأنه لا يشترط فيه مقابلة المال بالمال
حالة العقد ، بل يكفي الدفع وتسميته أحد العوضين ، ولا ترد الإجارة أيضاً ؛
لأن المنافع ليست أموالاً على الحقيقة ، بل على المجاز ؛ لأنها معدومة يقدر
وجودها لأجل صحة العقد .

ومعنى كلام الرافي في (الوصية) : أن المنفعة تحسب قيمتها من

(١) ديوان الحطيثة (ص : ٢٩) .

(٢) المهمات (٥/٥-٦) .

شَرْطُهُ : الإِيجَابُ ؛

الثالث^(١) . . فهي كالمال المفوت ، لا أنها في نفسها مال .
وأيضاً فالمحدود إنما هو بيع الأعيان لا بيع المنافع ، فيخرج بقيد
المقابلة : القرض ، وبقيد الحقيقة : الإجارة .
وقوله : (لم يتعرض لكونهما في عقد) ممنوع ، فإن حقيقة المقابلة إنما
تتم بالإيجاب والقبول .

والأصل في مشروعيته قبل الإجماع : قوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾
[البقرة : ٢٧٥] ، وقوله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحَكْرَةٍ عَنْ تَرَضٍ ﴾ [النساء : ٢٩] .

قوله : (شرطه : الإيجاب) جزم المصنف في « شرح المذهب » تبعاً
للغزالي بأن العاقد والمعقود عليه والصيغة أركان للعقد^(٢) ، فيكون المراد
بالشرط هنا : ما لا بد منه ، واختار الرافعي : أنها ليست أركاناً^(٣) ، وعليه
يبقى كلام المصنف على الشرط الاصطلاحي .

والمراد بـ (الإيجاب) : التراضي المذكور في الآية ، من : أوجب الشيء
بمعنى : أوقع .

ولا بد أن يكون باللفظ ، فلا يصح بيع المعاوضة على النص^(٤) ، وحكم
المأخوذ بها حكم المقبوض بالعقد الفاسد ، فيجب ردُّه وبدله إن تلف ، ولكل

(١) الشرح الكبير (١١٦/٧) .

(٢) المجموع (١٤٠/٩) ، الوسيط (٦٠/٢) .

(٣) الشرح الكبير (٩-٨/٤) .

(٤) لم نعثر عليه عند الشافعي رضي الله عنه ، وفي « تفسير ابن كثير » (٨٩٤/٢) عند قوله
تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحَكْرَةٍ عَنْ تَرَضٍ ﴾ : (ومن هذه الآية الكريمة احتج الشافعي على أنه
لا يصح البيع إلا بالقبول ؛ لأنه يدل على التراضي نصاً ، بخلاف المعاوضة ؛ فإنها قد لا تدل
على الرضا ولا بد) .

كَبَيْتُكَ وَمَلَكَتُكَ ،

مطالبة الآخر ، وقال القاضي أبو الطيب : إباحة لا يجوز الرجوع فيها .

وفي قول مخرج : إنه يكتفى بها في المحقرات ، وحكاها في « التتمة » فيما جرت العادة بالمعاطاة فيه ، ويعدّونه بيعاً ، واختاره المصنف ؛ لأنه لم يصح في الشرع اشتراط لفظ ، فوجب الرجوع فيه إلى العرف ؛ كغيره من الألفاظ^(١) .

ولو كتب إلى غائب عن المجلس أو عن البلد بالبيع . . صح ، وتمام الإيجاب بورود الكتاب ، حتى يشترط اتصال القبول به ، وفي وجه : لا يشترط بل يكفي وقوع القبول في مجلس الخبر ، صرح به الرافعي في (النكاح) ، قال في « المهمات » : وإذا صح ذلك في النكاح . . ففي البيع أولى^(٢) .

قال ابن العماد : الأولوية مدفوعة ؛ لأن البيع معاوضة محضة ، بخلاف النكاح ، ولأن استدراك العين يندفع بخيار المجلس ، فيجب القبول على الفور ، بخلاف النكاح فإنه لا خيار فيه ، فلا يجب الفور ؛ ليحصل التروي . وقوله ؛ إما لفظاً وإما كتابة .

ولو تباع حاضران بالكتابة وجوزناها في الغيبة . . فوجهان ، قال السبكي : ينبغي أن يكون أحدهما : الصحة ، ولو قال : بعت من فلان وأرسل إليه رسولاً بذلك فأخبره وقبل . . انعقد كما لو كاتبه ، قاله الرافعي^(٣) .

قوله : (كبعتك) هي صريح قطعاً (وملكتك) أي : على الأصح ، قال

(١) المجموع (١٥٤/٩) .

(٢) الشرح الكبير (٤٩٥-٤٩٦/٧) ، المهمات (٩/٥-١٠) .

(٣) الشرح الكبير (١٣/٤) .

وَالْقَبُولُ ؛ كَ : اشْتَرَيْتُ ، وَتَمَلَّكْتُ ، وَقَبِلْتُ ،

الزركشي : وشرط صراحة (ملكتك) : ذكر العوض معها لفظاً .

وتعبيره بكاف التشبيه يدل على أن صريح الإيجاب لا ينحصر فيهما ، وهو كذلك ، فقد نص الشافعي في « الأم » على أنه لو قال : هذا الثوب لك بألف درهم فقبله المشتري . . كان بيعاً^(١) ، نقله الإسنوي ، وفي « التتمة » : لو قال : وهبته لك بألف ، أو : هذا لك بألف . . فوجهان ؛ بناء على اعتبار اللفظ أو المعنى^(٢) ، قاله الزركشي .

قوله : (والقبول ؛ ك : اشتريت ، وتملكت ، وقبلت) لدلالاتها على الرضا ، قال الإمام : القبول على الحقيقة : ما لا يتأتى الابتداء به^(٣) .

وقوله : (اشتريت) وما في معناه قائم مقام القبول ، ويصح الاقتصار على (قبلت) في الأصح ، بخلاف النكاح ، فإنه يشترط فيه على رأي أن يقول : نكاحها^(٤) .

واعلم : أن في « الروضة » القطع بصحة البيع إذا اقتصر على (قبلت)^(٥) والوجهان فيها معروفان .

قال ابن العماد : والقائل بعدم الصحة يحتمل إخراجه عن الصريح والكناية حتى لا يصح وإن نوى ، ويحتمل إخراجه عن الصريح فقط ، فإن ألفاظ البيع منها : ما هو نص في الصراحة ، فلا يقبل قول العاقد فيه : (لم أرد البيع ولا الشراء) ومنها : ما ظاهره الصراحة ، فيقبل قوله : (لم أرد به البيع)

(١) الأم (٥٥٠ / ٧) .

(٢) وفي (ب) : (والمعنى) .

(٣) نهاية المطلب (١٧٥ / ١٢) .

(٤) وفي هامش (ب) : إشارة إلى نسخة وهي : (يشترط فيه على المذهب . . .) إلخ .

(٥) روضة الطالبين (٥ / ٣) .

وَيَجُوزُ أَنْ يَتَقَدَّمَ لَفْظُ الْمُشْتَرِي ،

كلفظ : (قبلت) ومنها : الكناية لا ينعقد فيها إلا بالنية .

ولو قال : بعثك فقال : نعم ، أو قال : بعثك أقبلت ؟ فقال : نعم ، ذكر
الرافعي في (النكاح) : أنه يصح^(١) .

ولو قال سمسار^(٢) للبائع : بعث ؟ فقال : بعث أو نعم ، وقال للمشتري :
اشتريت ؟ فقال : اشتريت أو نعم . . صح في الأصح وإن لم يتخاطبا ؛ لوجود
الصيغة والتراضي .

قوله : (ويجوز أن يتقدم لفظ المشتري)^(٣) أي : على لفظ البائع ، وهذا
في غير (قبلت) ، أما (قبلت) . . فلا يجوز تقديمها ، قاله في « المهمات » ،
لكن جزم الرافعي في (كتاب النكاح) بالصحة^(٤) ، قال ابن العماد :
لفظه^(٥) .

ولو قال وكيل الزوج أولاً : قبلت نكاح فلانة منك لفلان ، فقال وكيل
الولي : زوجها فلاناً . . صح العقد ، لكن القائل هناك بالصحة صاحب

(١) الشرح الكبير (٤٩٥ / ٧) .

(٢) السمسار : الوسيط بين البائع والمشتري ؛ لتسهيل الصفقة . المعجم الوسيط (ص :
٤٤٨) .

(٣) وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (ويجوز تقدّم لفظ المشتري) .

(٤) وفي (أ) و (ب) : (قال في « المهمات ») ، والصواب ما أثبتناه ؛ لأن الذي في
« المهمات » (٦ / ٥) أنه لا يجوز تقديم (قبلت) وليس فيه ذكر جزم الرافعي . والله أعلم ،
والذي في « الشرح الكبير » (٥٦٩ / ٧) : صحة تقدّمه في مسألة التوكيل في النكاح ؛ كما
في قول الشارح هنا : (قال وكيل الزوج . . .) ، وراجع « تحرير الفتاوي » (٦٨٠ / ١) ،
و « أسنى المطالب » (٥ / ٤) .

(٥) أي : المراد لفظ : (قبلت) . راجع « توقيف الحكّام » لابن العماد (ص : ١٥٤) .

وَلَوْ قَالَ : (بَعْنِي) ، فقال : (بَعْتُكَ) .. انْعَقَدَ فِي الْأَظْهَرِ .

« التهذيب » والقائل هنا بالمنع الإمام^(١) ، فمن منع في البيع . . منع في النكاح من باب أولى ، ومن أجاز في النكاح . . أجاز في البيع من باب أولى ، فهما جوابان ولا تناقض .

قال السبكي : وكذلك (نعم) إذا قلنا : يصح بها .

قوله : (ولو قال^(٢) : بعني ، فقال : بعتك .. انعقد في الأظهر) لدلالته على التراضي ، والثاني : لا ينعقد ، وصححه الغزالي^(٣) ؛ لأنه يحتمل أن يكون غرضه استبانة رغبة البائع في البيع .

فلو قال بعد قوله : (بعتك) : اشتريت .. انعقد جزمًا .

ولو قال : اشتر مني ، فقال : اشتريت .. فالأصح : الانعقاد ، وقيل : لا ينعقد قطعاً ، إلا أن يقول بعده : بعث .

ولو قال : أتبعيني ، أو : بعثني ؟ فقال : بعث .. لم ينعقد قطعاً حتى يقول بعده : اشتريت ، وكذلك : أتشتري أو اشتريت ؟ فقال : اشتريت .. لا ينعقد حتى يقول بعده : بعث .

وصوب الإسنوي تعبير المصنف بـ (الأظهر) تبعاً لحكاية الغزالي الخلاف قولين في « البسيط » هنا ، و« الوسيط » في (النكاح)^(٤) ، والمصحح في

(١) التهذيب (٣١٥/٥) ، وقول الإمام في (كتاب النكاح) من « نهاية المطلب » (١٢/١٧٥) ، ونقلوه هنا في (البيع) . والله أعلم .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (فلو قال) .

(٣) أي : في « البسيط » كما يفهم مما يأتي آنفاً ، وفي « الوسيط » (٦١/٢) : أن الأقيس : الاكتفاء به .

(٤) المهمات (٨/٩ - ٩) ، الوسيط (١٢٩/٣) .

وَيَنْعَقِدُ بِالْكِنَايَةِ كـ (جَعَلْتُهُ لَكَ بِكَذَا) فِي الْأَصَحِّ .

« الروضة » و « شرح المذهب » تبعاً لـ « الشرح الصغير » : أنهما وجهان^(١) .

قوله : (وينعقد بالكناية ؛ كجعلته لك بكذا في الأصح) يعني : أن البيع ينعقد بالكناية على الأصح ؛ لحديث جابر ، وفيه قال : هو لك بها ، قال : « قَدْ أَخَذْتُهُ » . هذا لفظ مسلم^(٢) ، ولا بد مع الكناية من النية ، والثاني : لا ينعقد ؛ لأنه يحتمل غير البيع ؛ من الإجارة وغيرها .

ومنها : خُذْهُ ، أو : تسلمه ، أو : أدخلته في ملكك ، أو : سلّطتك عليه .

وقوله : (في الأصح) متعلق بقوله : (وينعقد) لا بالمثال .

فرع : في « زيادة الروضة » عن « فتاوى الغزالي » : لو قال : بعني ، فقال : قد باعك الله ، أو : أقالك الله . . فكناية ؛ إن نواهما . . صحا ، وإلا . . فلا ، والتقدير في النية : باعك الله لأنني قد بعته ، وأقالك الله لأنني قد أقلتك^(٣) .

قال في « المهمات » : ذكر الرافعي في (الطلاق) وجهين فيما إذا أسند الطلاق أو العتق أو الإبراء إلى الله تعالى : أنه صريح عند العبادي ، وكناية عند البوشنجي^(٤) .

قال ابن العماد : قول العبادي محمول على ما إذا اشتهر في إرادة البيع ، أو في إرادة الطلاق .

(١) روضة الطالبين (٥ / ٣) ، المجموع (١٥٩ / ٩ - ١٦٠) .

(٢) صحيح مسلم (١١١ / ٧١٥) ، (٤١٠١) .

(٣) روضة الطالبين (٧ / ٣) ، فتاوى الغزالي (ص : ١١٣) .

(٤) المهمات (١٠ / ٥) ، الشرح الكبير (٥٢٧ / ٨) .

وَيُشْتَرَطُ أَلَّا يَطُولَ الْفَصْلُ بَيْنَ لَفْظَيْهِمَا ،

فرع : يصح البيع ونحوه من المعاملات بالعجمية مع القدرة على العربية قطعاً ، وفي النكاح خلاف ؛ للتعبد .

قوله : (ويشترط ألا يطول الفصل بين لفظيهما) يعني : بين الإيجاب والقبول ، فإن طال . . لم ينعقد ، سواء أفرقا عن المجلس أم لا ، وقيل : يكفي القبول في مجلس الإيجاب .

وقوله : (بين لفظيهما) يخرج الخط ، وإشارة الأخرس والمعاطاة إذا جوزناها ، لكن خرج على الغالب .

ويشترط : ألا يتخللهما كلام أجنبي ، واختلف الترجيح في السير منه ، فصحح في « شرح المذهب » هنا ، والرافعي في (النكاح) : البطلان^(١) ، وصحح في (الطلاق) و (الخلع) : أنه لا يضر^(٢) .

ويشترط : التنجيز ، فلو قال : بعثك بألف إن شئت ، فقال : شئت . . لم ينعقد ، كذا جزم به المتولي وغيره ، فإن قال : اشتريت ونحوه . . فالأصح : الصحة ، أما إذا قال : إن شئت بعثك . . فيبطل قطعاً ، قاله السبكي .

فرع : فهم من كلامه : أنه يشترط وقوع القبول من المخاطب ، فلو خاطب بالبيع شخصاً ، فمات ووارثه حاضر . . فالذي قطع به الأصحاب : البطلان ، قاله في « شرح المذهب » ، وقيل : يصح قبول الوارث ، وهو شاذ^(٣) .

وإذا وجد الإيجاب من أحدهما . . يشترط إصراره عليه ، وبقاؤهما على أهلية العقد إلى وجود الشق الآخر ، فلو رجع عنه ، أو جُنَّ ، أو أغمي عليه

(١) المجموع (١٦٠/٩) ، الشرح الكبير (٤٨٩/٧) .

(٢) الشرح الكبير (٤٠٩/٨ ، ٤٥٤) .

(٣) المجموع (١٩٨/٩) .

قبل وجوده.. بطل الإيجاب ، قاله في « شرح المذهب »^(١) .
وقال الروياني : لو قال : بعثك إلى شهر ، أو على أنك بالخيار ، ثم قال
قبل القبول : أسقطت الأجل أو الخيار.. بطل الإيجاب ؛ لأن الإيجاب وحده
ليس بلازم^(٢) .

فرع : لو باع مال ولده لنفسه ، أو مال نفسه لولده.. ففي الافتقار إلى
الإيجاب والقبول وجهان ، قال في « المهمات » : الأصح : نعم ، وذكر
الرافعي في (الهبة) عن الإمام أن محل الوجهين في القبول : أن يقول :
اشتريت لطفلي ، أو اتهمت له ، أما إذا قال : قبلت البيع والهبة.. فلا يكفي
الاقتصار عليه^(٣) .

قال ابن العماد : قول الإمام على قاعدته ؛ من أن تقديم القبول لا يكفي ،
فأما على الأصح.. فيكفي أن يقول : قبلت البيع .

تنبيهان : أحدهما : سكت المصنف عن صيغة الثمن ، ولا بد منه ؛ بأن
يقول : بكذا ، وهي الأصل ، أو : على أن تعطيني ، جزم به الرافعي في
(الصداق)^(٤) ، أو يقول المشتري : بعني ولك علي كذا ، إذا نوى العقد ،
فإن لم ينو.. فوجهان ، قاله الرافعي في (الخلع)^(٥) .

الثاني : أن إسناد البيع إلى المخاطب لا بد منه ، فإذا كان العقد بين بائع
ووكيل.. فليقل : بعثك ، أو : بعثك لموكلك ، ويقول : اشتريت لموكلي ،

(١) المجموع (١٦٠ / ٩) .

(٢) بحر المذهب (١٠٧ / ٥) .

(٣) المهمات (١١ / ٥) ، الشرح الكبير (٣٠٩ / ٦) .

(٤) الشرح الكبير (٢٥٦ / ٨) .

(٥) الشرح الكبير (٤٤٧ / ٨) .

وَأَنْ يَقْبَلَ عَلَى وَفْقِ الْإِجَابِ ، فَلَوْ قَالَ : بَعْتُكَ بِأَلْفٍ مُكْسَّرَةٍ ، فَقَالَ : قَبِلْتُ بِأَلْفٍ صَحِيحَةٍ . . لَمْ يَصَحَّ .

أو : اشتريت ، وينوي موكله ، فلو قال : بعت موكلك . . لم يصح على المذهب ، وقيل : يصح للوكيل .

قوله : (وأن يقبل على وفق الإيجاب ، فلو قال : بعتك بألف مكسرة ، فقال : قبلت بألف صحيحة . . لم يصح) أي : لأنه قبل غير ما أوجبه البائع عليه ، وكذا عكسه بطريق الأولى ، ولو قال : بعتك جميع كذا بألف ، فقال : قبلت نصفه بخمس مئة . . لم يصح ، جزم به الإمام وغيره^(١) .

فالشرط : توافق الإيجاب والقبول في القدر ، والنقد ، والحلول والأجل ، ومعنى الصيغة ، فلو قال : بعتك هذا بألف ، وقال : قبلت نصفه بخمس مئة ، ونصفه بخمس مئة . . قال في « التتمة » : يصح ؛ لأنه تصريح بمقتضى الإطلاق ، واستشكله الرافعي بأن تفصيل الثمن من موجبات تعدد الصفقة ، فالبايع أوجب بيعاً والمشتري قبل بيعتين^(٢) ، لكن في « شرح المذهب » : أن الظاهر : الصحة^(٣) .

أما التوافق في اللفظ . . فلا^(٤) ، فيجوز أن يقول : بعتك ، فيقول : اشتريت ، أو تملك ، أو أخذت ، وما أشبهه .

خاتمة : جميع ما ذكر فيما ليس بضمني ، أما البيع الضمني فيما إذا قال : أعتق عبدك عني بكذا . . فيكفي فيه الالتماس والجواب .

(١) لم نعثر عليه في « نهاية المطلب » ، والمسألة في « الغاية في اختصار النهاية » (٣٥٨ / ٥) .

(٢) الشرح الكبير (١٤ / ٤) .

(٣) المجموع (١٦١ / ٩) .

(٤) أي : فلا يشترط .

وَإِشَارَةُ الْآخَرِ بِالْعَقْدِ كَالنُّطْقِ .
وَشَرْطُ الْعَاقِدِ : الرُّشْدُ .

قوله : (وإشارة الآخر بالعقد كالنطق) أي : للضرورة ، وكذا كتابته ؛
كما جزم به الرافعي هنا^(١) .

وقول المصنف : (بالعقد) زيادة على « المحرر »^(٢) احترز بها : عن
إشارته في الصلاة ؛ فإنها لا تبطل بها ، وبالشهادة^(٣) ؛ فإنها لا تصح في
الأصح فيهما ، فكان تركها أولى ؛ لأنها أخرجت الدعوى والإقرار والفسخ ،
وإشارته فيها قائمة مقام النطق .

قوله : (وشرط العاقد : الرشد) أي : فلا يصح من الصبي والمجنون
والسفيه ، ولا فرق في ذلك بين أن يعقدوا لأنفسهم أو لغيرهم ، بغبطة أو
غيرها ، أذن الولي أو لم يأذن .

ودخل البائع والمشتري في تعبيره بـ(العاقد) ، وأما تعبيره بـ(الرشد)
ليخرج المحجور عليه بسفه والمكره بغير حق . . فصحيح ، لكن يعكر عليه
النائم والمغمى عليه ، ومن زال عقله بسكر أو غيره بلا تقصير ، فإن ألحقهم
بذوي الرشد . . وردوا عليه ؛ فإنهم رشداً ولا يصح بيعهم ، وإن لم
يلحقهم . . لزم انتفاء الرشد عن السكران المتعدي بطريق الأولى ، فيلزم ألا
يصح بيعه ، مع أنه يصح على المذهب ؛ لأنه مكلف ، ولا يرد ذلك على
« المحرر » فإنه عبّر بـ(التكليف)^(٤) .

(١) الشرح الكبير (١٤ / ٤) .

(٢) المحرر (٤٥٦ / ١) .

(٣) أي : وعن إشارته بالشهادة .

(٤) المحرر (٤٥٦ / ١) .

قُلْتُ : وَعَدَمُ الْإِكْرَاهِ بِغَيْرِ حَقٍّ ، وَلَا يَصِحُّ شِرَاءُ الْكَافِرِ الْمُصْحَفِ
وَالْمُسْلِمِ فِي الْأَظْهَرِ ،

(قلت : وعدم الإكراه بغير حق) لقوله تعالى : ﴿ عَنْ تَرَضٍ ﴾ [النساء : ٢٩] .

ويستثنى منه : ما إذا أكره المالك رجلاً على بيع مال نفسه ، فباع . . فإنه
يصح ؛ كما قاله القاضي حسين في (الطلاق) ، ولو أكره أجنبي الوكيل على
بيع ما وكل فيه . . فأصح احتمالاً أبي العباس الروياني عنده : البطلان .

أما المكره بحق ؛ كمن عليه دين ، ومعه متاع ، وامتنع من الوفاء والبيع ،
فأكرهه الحاكم على البيع بما يراه من التعزير والحبس . . فيصح بيعه ، والحاكم
مخير بين ذلك ، وبين أن يبيع ماله ويوفي دينه .

ويصح بيع المصادَر^(١) على الأصح ؛ لأنه إنما يكره على المال من أي جهة
كان .

والأصح : صحة بيع الهازل ، وبيع التَّلَجِئَةِ ، وهو : أن يخاف غصب ماله
أو الإكراه على بيعه ، فيبيعه لإنسان وقد توافقا على أنه لدفع الشر لا على حقيقة
البيع .

قوله : (ولا يصح شراء الكافر المصحف والمسلم في الأظهر) لأنه يعرض
المصحف للامتهان والعبد للذلة ، فلم يصح كما لا يصح نكاحه للمسلمة ،
والثاني : يصح ؛ كإثره^(٢) .

(١) أي : الذي صادره ؛ أي : طالبه ظالم ؛ بأن باع ماله لدفع الأذى الذي ناله ؛ لأنه لا إكراه
فيه ، ومقصود من صادره تحصيل المال من أي وجه ، كذا في « شرح الروض » ، ويعلم
منه : أنه لو كان مقصوده تحصيل المال من بيع شيء معين . . بطل في ذلك الشيء . حاشية
الكردي من هامش « تحفة المحتاج » (٣٥٠ / ٤) .

(٢) ولكن يؤمر بإزالة الملك منهما . النجم الوهاج (٢٠ / ٤) .

إِلَّا أَنْ يَعْتَقَ عَلَيْهِ . . . فَيَصِحُّ فِي الْأَصَحِّ ،

والقولان في العبد ، أما في المصحف . . فقليل : على القولين ؛ كما جزم به المصنف هنا ، وفي (الأحداث) من « شرح المذهب »^(١) ، ورجح في « الروضة » تبعاً « للشرحين » : القطع بالبطلان^(٢) .

وكتب الحديث وآثار الصالحين ؛ كالمصحف على الصحيح المنصوص ، وكذلك كتب الفقه التي فيها شيء من القرآن أو الحديث أو الآثار ؛ كما صرح به في « الروضة »^(٣) .

قال السبكي : والأحسن : إطلاق المنع ؛ تعظيماً للعلم الشرعي .
والخلاف إنما هو في الصحة ؛ كما صرح به المصنف ، أما التحريم . . فلا خلاف فيه^(٤) .

والقولان جاريان في السلم والهبة والوصية .
والأصح في « شرح المذهب » : منع شراء الكافر للمرتد ؛ لبقاء علاقة الإسلام^(٥) .

قوله : (إلا أن يعتق عليه . . فيصح في الأصح) لأن الملك غير مستقر ، ويحصل للمسلم من الكمال بالحرية أكثر مما يلحقه من الصغار بالرق .

وحكى في « شرح المذهب » : الخلاف طريقتين ، وصحح القطع بالصحة ، ثم قال : وقيل : على القولين^(٦) ، فحكى طريقة الخلاف

(١) المجموع (١٨٩ / ٢) ، (٣٣٦ / ٩) .

(٢) روضة الطالبين (١١ / ٣) ، الشرح الكبير (١٧ / ٤) .

(٣) روضة الطالبين (١١ / ٣) .

(٤) روضة الطالبين (١١ / ٣) .

(٥) المجموع (٣٣٨ / ٩) .

(٦) المجموع (٣٣٧ / ٩) .

.....

قولين خلاف ما في الكتاب .

والثاني : لا يصح ؛ لما فيه من ثبوت الملك له .

وهما جاريان فيما إذا قال : أعتق عبدك المسلم عني بعوض أو بغير عوض ، فأجابه ، أو أقر بحرية مسلم في يد غيره ، ثم اشتراه . . الأولى أولى بالصحة ؛ لأن الملك ضمنني ، والثانية أولى بالمنع ؛ لأن العتق في الظاهر فقط .

ولو اشتراه فشرط العتق . . لم يصح ، وقيل : على الخلاف فيما لو اشتراه مطلقاً .

ويجوز أن يستأجر المسلم^(١) إجارة ذمة ، وكذا إجارة عين في الأصح ، لكنها مكروهة على المنصوص^(٢) ، وقال الصيمري : إنهم حملوا الكراهة في كلام الشافعي هنا على التحريم ، حكاه في « المهمات »^(٣) ، وعلى هذا : هل يؤمر بأن يؤجره مسلماً ، صحح في « شرح المذهب » : أنه يؤمر^(٤) .

وأما إذا اشتراه . . فإنه يجبر على إزالة الملك بلا نزاع ؛ إما ببيع أو هبة مقبوضة أو عتق ، وكذا الكتابة في الأصح ، كذا في « الروضة » و« أصلها »^(٥) ، والخلاف قولان في « شرح المذهب » ، وصوبه في « المهمات »^(٦) .

(١) أي : أن يستأجر الكافر المسلم .

(٢) الأم (٥٠٩/٥) .

(٣) المهمات (٢٠/٥ - ٢١) .

(٤) المجموع (٣٤٠/٩) .

(٥) روضة الطالبين (١٣/٣) ، الشرح الكبير (٢٠/٤) .

(٦) المجموع (٣٣٨/٩) ، المهمات (٢٣/٥) .

وَلَا الْحَرْبِيَّ سِلَاحًا ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

وَالْمَبِيعُ شُرُوطٌ : طَهَارَةُ عَيْنِهِ ، فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْكَلْبِ وَالْخَمْرِ

قوله : (ولا الحربي سلاحاً ، والله أعلم) لأنهم يُعِدُّونه لقتالنا ، وفيه وجه : أنه يصح ، وأجمعوا أنه حرام ، فإن صححنا . أمرناه بالإزالة ، ويصح بيعه من الذمي في دار الإسلام ، وقيل : على الوجهين .

وفي (سير الواقدي) من « الأم » : وأما الكُراع^(١) والسلاح . . فلم أر أحداً رخص في بيعه منهم^(٢) ، فنص على المنع في الخيل ، نقله الزركشي .

قوله : (وللمبيع شروط) أي : خمسة ؛ أحدها : (طهارة عينه) المراد : أن يكون طاهراً ، أو يطهر بالغسل ، فإنه ذَكَرَ^(٣) امتناع بيع المتنجس الذي لا يمكن تطهيره وهو طاهر العين .

(فلا يصح بيع الكلب والخمر) لقوله صلى الله عليه وسلم : « إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ » . رواه الشيخان^(٤) .

وروي أيضاً : أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ثمن الكلب^(٥) .

ولا فرق فيه بين المعلم وغيره ، ولا في الخمر بين المحترمة وغيرها على الأصح .

(١) الكُراع : اسم يجمع الخيل . مختار الصحاح (ص : ٣٨٦) .

(٢) الأم (٢٢٠ / ٩) وتمام عبارته : (وهو لا يجوز أن يباعها) ، والمسألة منه بنصه في (كتاب سير الأوزاعي) قبيل : (حال المسلمين يقاتلون العدو وفيهم أطفالهم) ، وقول المراغي هنا : (وفي « سير الواقدي ») لعله سبق قلم ، أو من اختلاف نسخ « الأم » ، والله أعلم .

(٣) أي : في المتن الآتي آنفاً .

(٤) صحيح البخاري (٢٢٣٦) ، صحيح مسلم (١٥٨١) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٥) صحيح البخاري (٢٢٣٧) ، صحيح مسلم (١٥٦٧) عن أبي مسعود الأنصاري رضي الله

وَالْمُتَنَجِّسِ الَّذِي لَا يُمَكِّنُ تَطْهِيرُهُ ؛ كَالْخَلِّ وَاللَّبَنِ ، وَكَذَا الدَّهْنُ فِي الْأَصَحِّ .

فرع : قال الشافعي رحمه الله : لا يجوز اقتناء الكلب إلا لصيد أو ماشية أو زرع وما في معناها^(١) ، قال في « شرح المذهب » : أشار إلى التحاق الخيل والبغال والحمير بالماشية ، والشجر بالزرع^(٢) .

والأصح : جواز اقتنائه لحفظ الدور والدروب ، وفي « شرح المذهب » عن القاضي حسين : أن اتخاذه في السفر للحراسة على الوجهين^(٣) .

قوله : (والمتنجس الذي لا يمكن تطهيره ؛ كالخل واللبن) لوجود النجاسة (وكذا الدهن في الأصح) أي : المتنجس .

وأراد عدّه من أمثلة ما لا يمكن تطهيره ، ومقتضى كلامه : جواز بيعه إذا قلنا : يمكن تطهيره ، لكن الأصح : المنع .

أما الدهن النجس ؛ كودك الميتة . . فلا يطهر ، ولا يجوز بيعه اتفاقاً .

وبيع الماء النجس على الوجهين في بيع الدهن ، كذا قاله الرافعي ، ومقتضاه : تصحيح المنع ، وقد صرح به في « شرح المذهب »^(٤) .

تنبيه : قال في « المهمات » : لا فرق فيما ينجس بملاقاة النجاسة بين المعجون بمائع نجس وبين غيره ، لكنه إذا تحجّر ثم دقّ ، وصار تراباً ، ثم أفيض عليه الماء . . فإنه يطهر^(٥) .

(١) مختصر المزني (ص : ١٣٢) ، الأم (٤٦٢ / ٢) ، (٢٨ / ٤) .

(٢) لم نعر عليه في المطبوع من « المجموع » .

(٣) المجموع (٢٢١ / ٦) وفيه : (أصحهما : الجواز) .

(٤) الشرح الكبير (٢٥ / ٤) ، المجموع (٢٢٣ / ٩) .

(٥) المهمات (٣٥ / ٥) .

الثاني : النَّفْعُ ، فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحَشَرَاتِ ،

قال ابن العماد : إنه خطأ ؛ لأن المعجون برماد النجاسة أو غيره من الأعيان النجسة لا يطهر أبداً ، سواء سُحِقَ ثم صُبَّ عليه الماء أو لم يُسْحَقْ ؛ لأن عين النجاسة لا تزول بصب الماء ولا تغيب أجزاؤها في أجزاء الماء .

وكذلك العذرة إذا جعلت في مكان ، ثم استحالت ، وصارت تراباً ، واختلط بغيره . . لا تطهر تلك البقعة بصب الماء عليها ، بل ينقل ترابها ، صرح الأصحاب بذلك .

ورأيت كثيراً من الغالطين يتوهم في تراب المقبرة المنبوذة إذا مطرت أنها تطهر ، وتجوز الصلاة عليها ، وهو خطأ صريح .

وأما المعجون بنجاسة حكمية ؛ كالبول . . فيطهر إذا سحق ، وصب عليه الماء ، ولم يتغير بلون النجاسة ولا طعمها ولا ريحها ، وإن لم يسحق وصب الماء على ظاهره ووصل إلى باطنه بطريق السريان . . فالوجه - كما قال الشيخ تقي الدين ابن دقيق العيد - : عدم الطهارة لباطنه .

قوله : (الثاني : النفع) أي : الشرط الثاني : كون المبيع منتفعاً به منفعة مباحة شرعاً ؛ لأن ما لا ينتفع به ليس بمال ، ولا فرق في النفع بين الحال والمآل ؛ كالجحش الصغير ، ولا بين جهاته المقصودة كلها ، فيصح في العبد الزمن ؛ للثواب في عتقه ، بخلاف الحمار الزمن في الأصح .

قوله : (فلا يصح بيع الحشرات) لعدم النفع ، قال الرافعي : ولا نظر إلى منافعها المذكورة في الخواص^(١) .

(١) الشرح الكبير (٢٨ / ٤) .

وَكُلِّ سَبْعٍ لَا يَنْفَعُ ، وَلَا حَبْتِي الْحِنْطَةِ ،

نعم ؛ يجوز بيع العَلَق لمنفعة امتصاص الدم من العضو المتألم على الأصح .

والحشرات : صغار دواب الأرض ، مفردة : (حشرة) بفتح الشين ، قاله الجوهري^(١) .

قوله : (وكل سبع لا ينفع) أي : لا يؤكل ، ولا يصطاد ، ولا يقاتل عليه ، ولا يتعلم الإمساك ، ولا يصلح للحمل ؛ كالأسد والنمر والذئب .

قال في « المهمات » : جزم الرافعي في (كتاب الصيد) بأن النمر يصلح للاصطياد ، ونقله عن الشافعي والأصحاب^(٢) .

قال ابن العماد : لا مخالفة بين الكلامين ؛ فإنه لا يلزم من كونه يصلح أن يصحّ بيعه ، فبذل المال فيه قبل التعليم نوع من الغرر ، وإمكان تعليمه نادر ، فإذا تعلم .. حل الاصطياد به ، وجاز بيعه بعد التعليم .

ويصح بيع الضبع للأكل ، والفهد والصقر للاصطياد ، والهرة للفأر ، والفيل للقتال عليه ، والقرود للتعليم ، والزرافة للحمل .

فرع : قال الزركشي : يجوز بيع الزرافة ؛ لأنها مأكولة قطعاً ، خلافاً لما في « التنبيه »^(٣) ، وقول المصنف في « شرح المذهب » : (إنها لا تؤكل بلا خلاف)^(٤) سهوٌ ، وصوابه : بالعكس .

قوله : (ولا حبتي الحنطة) لسقوط منفعتها ؛ لقلتها ، وقيل : يصح ،

(١) الصحاح (ص : ٢٣٧) .

(٢) المهمات (٤١/٥) ، الشرح الكبير (٢٣/١٢ - ٢٤) ، مختصر المزني (ص : ٣٧٦) ..

(٣) التنبيه (ص : ٦٠) .

(٤) المجموع (٢٦/٩) .

وَأَلَّةُ اللَّهِو ، وَقِيلَ : يَصِحُّ فِي الْآلَةِ إِنْ عُدَّ رُضَاضُهَا مَالاً .
وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمَاءِ عَلَى الشَّطِّ ، وَالتُّرَابِ بِالصَّحْرَاءِ فِي الْأَصَحِّ .

وعلى الوجهين : لا يجوز للغير أخذها ، فإن أخذ.. لزمه ردها ، فإن تلفت.. فلا ضمان .

والثنية ليس بقيد ، وعبرة « التتمة » و« البحر » : حبات حنطة ؛ لأنه لا يعد مالا عرفاً^(١) ، قاله الزركشي ، وفي « طبقات العبادي » عن الشافعي : أنه يجوز أخذ الخلال والخلالين من خشب الغير ، قال : ورأيت للأصحاب ما يدل عليه .

قوله : (وآلة اللهو) أي : المحرّم ؛ لسقوط منفعتها شرعاً ، ويدل عليه النهي عن بيع الأصنام^(٢) .

قوله : (وقيل : يصح في الآلة إن عدّ رضاها مالا) للنفع المتوقع ، وأفهم : أنه إذا لم يعد رضاها مالا.. يمتنع قطعاً ، وليس كذلك ، بل فيه وجهان في « التتمة » ، وصوره في « المطلب » بالقصبة التي توضع في فم الزامر^(٣) ، حكاه الزركشي .

وما اختلف في تحريمه من آلة اللهو اختلف في بيعه .

والرضاوض بضم الراء ، هو : المكسر ، قاله في « الدقائق »^(٤) .

قوله : (ويصح بيع الماء على الشط ، والتراب بالصحراء في الأصح) لأن كثرته لا تخرجه عن كونه مالا ، والثاني : لا ؛ لأن بذل المال فيه سفه^(٥) .

(١) بحر المذهب (٩٥/٥) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٣٦) ، ومسلم (١٥٨١) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٣) الزامر : النافخ بالمزمار أو القصب . المعجم الوسيط (ص : ٣٩٩) .

(٤) دقائق المنهاج (ص : ٩١) وعبارته : (بضم الراء وبكسرها) .

(٥) عبارة « النجم الوهاج » (٣٤/٤) : (لأن بذل المال في مقابلته ضياع) .

الثَّالِثُ : إِمْكَانُ تَسْلِيمِهِ ، فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الضَّالِّ وَالْآبِقِ

والحجارة في معنى التراب .

وخص بعضهم الخلاف بما إذا لم تكن في المبيع صفة زائدة ؛ كبرد الماء وصفوه ، وكزبله التراب ، ونحت الصخرة ، فإن كان . . صح قطعاً ، حكاه الزركشي واستحسنه ، وقال : فرض الخلاف في بيع الشط يقتضي الصحة فيما إذا لم يكن عليه بلا خلاف ، وليس كذلك ، ففيه وجه ؛ بناء على أنه لا يملك^(١) .

ويجوز بيع المشاع ، ولو باع جزءاً شائعاً بمثله من ذلك الشيء أو بأزيد ؛ كالثلث بالنصف . . صح في الأصح فيهما .

قوله : (الثالث : إِمْكَانُ تَسْلِيمِهِ) أي : حساً وشرعاً ؛ لأن الانتفاع به يتوقف عليه ، قال الإسنوي : وعبر المصنف والرافعي في كتبهما بالقدرة على التسليم^(٢) ، وهو أصوب ؛ لأنه لا يلزم من الإمكان التمكن من النقل والقدرة عليه .

وقال الزركشي : حقه التعبير بـ (التسلم) بضم اللام ؛ لأن التسليم فعل البائع ، وليست قدرته بشرط .

قوله : (فلا يصح بيع الضال والآبق) أي : سواء عرف موضعهما أم لا ، وقيل : إن عرف موضعه ، وعلم أنه يصل إليه إذا أراد . . صح ، واستحسنه الرافعي^(٣) .

(١) عبارة « مغني المحتاج » (٣٤٣/٢) : (وقضية كلامه : أنه إذا لم يكن عليه أنه يصح قطعاً ،

وليس مراداً ، بل فيه وجه بناءً على أن الماء لا يملك) .

(٢) الشرح الكبير (٣٤/٤) ، روضة الطالبين (٢٣/٣) .

(٣) الشرح الكبير (٣٥/٤) .

وَالْمَغْضُوبِ .

فَإِنْ بَاعَهُ لِقَادِرٍ عَلَى انْتِزَاعِهِ . صَحَّ عَلَى الصَّحِيحِ .

ولا يصح بيع السمك في الماء إلا إذا كان في بركة صغيرة يمكن أخذه بغير مشقة ، ولم يمنع الماء رؤيته ، ولا يصح بيع الطير في الهواء ، فإن اعتاد أن يعود ليلاً . . لم يصح أيضاً عند الجمهور ، إلا النحل إذا كان قد رآها قبلُ : تخرُج وتدخل ، فإذا الأصح فيه : الصحة ، وشرط في « المطلب » : أن تكون الأم في الخلّة .

فائدة : الضال : يطلق على الحيوان ، إنساناً كان أو غيره ، والآبق : العبد إذا كان ذهابه من غير خوف ولا كد في العمل ، فإن ذهب لذلك . . فهو هارب .

قوله : (والمغضوب) أي : لا يصح بيع المغضوب إذا لم يقدر البائع ولا المشتري على انتزاعه (فإن باعه لقادر على انتزاعه . . صح على الصحيح) لأن المقصود : وصوله إليه ، وعلى هذا : الشرط : القدرة على التسليم لا التسليم ، والثاني : لا يصح ؛ لأن التسليم واجب على البائع ، وهو عاجز عنه ، وعبر في « الروضة » بـ (الأصح)^(١) .

وعلى الأول : لو كانت قدرة المشتري تحتاج إلى مؤنة . . قال ابن الرفعة : ينبغي إبطال العقد^(٢) .

ولو جهل المشتري الغصب . . فله الخيار حين اطلاعه عليه ، وإن علمه . . فلا ، لكن لو عجز بعد ذلك ؛ إما لطريان ضعف فيه ، أو قوة في الغاصب . . فله الخيار ، فإن اختلفا في العجز . . فالقول قول المشتري ؛ كما قاله الماوردي .

(١) روضة الطالبين (٢٤ / ٣) .

(٢) قاله في « المطلب » كما في « تحرير الفتاوى » (٦٩٥ / ١) .

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ نِصْفِ مُعَيَّنٍ مِنَ الْإِنَاءِ وَالسَّيْفِ وَنَحْوِهِمَا ، وَيَصِحُّ فِي الثَّوبِ الَّذِي لَا يَنْقُصُ بَقْطَعِهِ فِي الْأَصَحِّ ، وَلَا الْمَرْهُونَ بِغَيْرِ إِذْنِ مُرْتَهِنِهِ ، .

ولو كان البائع وحده قادراً على انتزاعه . . صح قطعاً ، ولا بن الرفعة فيه بحث^(١) .

وبيع الأبق ممن يسهل عليه رده صحيح في الأصح ؛ كالمغصوب ممن يقدر على انتزاعه ، وصحح الإمام البلقيني عدم الصحة ، وفرق بينه وبين المغصوب بأن عهدة المغصوب على الغاصب ، بخلاف الأبق .

قوله : (ولا يصح بيع نصف معين من الإناء والسيف ونحوهما) أي : مما تنقص قيمته بقطعه أو كسره ؛ كالنصل والثوب النفيس ؛ لأنه يمتنع تسليمه شرعاً ، وفي الثوب وجه : أنه يصح ، واختاره السبكي ؛ لأنه قد يكون فيه غرض صحيح .

واحترز بالمعين : عن المشاع فإنه يصح ، ولو باع جذعاً في بناء أو فصاً في خاتم . . لم يصح أيضاً ؛ لأن القلع يوجب النقص .

قوله : (ويصح في الثوب الذي لا ينقص بقطعه في الأصح) لعدم المحذور ، وعبر في « الروضة » بـ (المذهب) ، وقال : وبه قطع الجمهور^(٢) ، والثاني : لا يصح ؛ لأن القطع لا يخلو عن تغيير عين المبيع .

قوله : (ولا المرهون بغير إذن مرتتهنه) أي : بعد القبض ، سواء عاد إلى

(١) قال في « المطلب » : إلا إذا كان فيه كلفة . . فينبغي أن يكون فيه ما في بيع السمك في البركة ، والأصح : عدم الصحة ، قال : وهذا عندي لا مدفع له . تحرير الفتاوى (٦٩٥ / ١) .

(٢) روضة الطالبين (٢٥ / ٣) .

وَلَا الْجَانِي الْمُتَعَلِّقُ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ فِي الْأَظْهَرِ ،

يد الراهن أم لا ، وبيعه من المرتهن صحيح ، قال الشيخ أبو حامد : كل حق تعلق بعين ماله باختياره.. يمنع البيع قطعاً ، أو بغير اختياره.. فقولان ، حكاه الزركشي .

قوله : (ولا الجاني المتعلق برقبته مال في الأظهر) قياساً على المرهون وأولى ؛ لأن حق الجناية تقدم على حق الرهن ، وقطع به بعضهم ، والثاني : يصح ؛ لأنه حق ثبت بغير رضا السيد ، ولا يستقرّ إلا عند امتناعه عن الفداء ، وفي قول مخرج : إنه موقوف إن فدى.. نفذ ، وإلا.. بطل .

ومحل الخلاف : إذا باعه قبل الفداء وقبل اختياره وهو موسر ، فإن كان معسراً.. بطل ، وقيل : على الخلاف ، وإن كان بعد الفداء.. صح ، وإن كان قبله ولكن بعد اختياره.. نقل الرافعي عن البغوي : أنه يصح ، وسكت عليه^(١) .

قال السبكي : ومقتضى إطلاق الماوردي : أنه على الخلاف ، وهو الحق ؛ لأن اختيار الفداء لو رجع عنه قبل الفداء.. صح كما سيأتي^(٢) والبغوي يوافق على ذلك . انتهى

ويتصور هذا التعليق فيما إذا جنى خطأ ، وقامت بينة ، أو اعترف السيد ، أو اعترف العبد بعمد ، ثم عُفي على مال .

وحق المصنف : أن يقول : (بغير إذنه) ليخرج ما لو باعه بإذن المجني عليه أو منه إن وفاه أو بعضه.. فيصح بالحصة قطعاً ، ولكن هل يسقط ما كان

(١) الشرح الكبير (٣٨/٤) ، التهذيب (٤٦٥/٣) .

(٢) أي : عند قول المصنف في (كتاب الديات) : (ولو اختار الفداء.. فالأصح : أن له الرجوع...) .

وَلَا يَضُرُّ تَعَلُّقُهُ بِذِمَّتِهِ ، وَكَذَا تَعَلُّقُ الْقِصَاصِ فِي الْأَظْهَرِ .

الرَّابِعُ : الْمَلِكُ لِمَنْ لَهُ الْعَقْدُ ، فَبَيْعُ الْفُضُولِيِّ بَاطِلٌ ،

له عليه أو لا ؟ وجهان ، قاله الزركشي .

قوله : (ولا يضر تعلقه بذمته) أي : بلا خلاف ؛ كما في « شرح المهذب »^(١) لأن البيع إنما يرد على الرقبة ، وأشار الرافعي في (الكتابة) إلى وجهه ، قاله الزركشي .

قوله : (وكذا تعلق القصاص في الأظهر) أي : بالرقبة ؛ لأنه ترجى سلامته بالعفو ، ويخاف تلفه بالقصاص ، فصح بيعه كالمريض ، والثاني : لا يصح ؛ لأن للمستحق العفو على مال .

والخلاف طريقان ؛ أحدهما في « الشرحين » و« الروضة » : القطع بالصحة^(٢) .

أما إذا تعلق بَعْضُ من أعضائه . . فلا خلاف في صحة البيع .

قوله : (الرابع : الملك لمن له العقد) يدخل في عبارته الوكيل والولي والفضولي ؛ لأن عقده يقع للمالك موقوفاً على إجازته عند من يقول به ، فلو قال : (أن تكون للعائد عليه ولاية) دخل المالك والوكيل والولي والقاضي ، وخرج الفضولي .

قوله : (فبيع الفضولي باطل) لقوله صلى الله عليه وسلم : « لَا طَلَّاقَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ ، وَلَا عِتْقَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ ، وَلَا بَيْعَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ ، وَلَا وَفَاءَ

(١) المجموع (٣٣٠ / ١٢) والكلام في تكملة السبكي منه ، ولم نجده في أصل النووي ، والله أعلم .

(٢) روضة الطالبين (٢٧ / ٣) ، الشرح الكبير (٣٩ / ٤) .

وَفِي الْقَدِيمِ : مَوْقُوفٌ ؛ إِنَّ أَجَازَ مَالِكُهُ . . نَفَذَ ، وَإِلَّا . . فَلَا .

بَنْدَرٍ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ . حسنه الترمذي^(١) ، وقال في « شرح المذهب » :
مجموع طرقه يقتضي أنه صحيح^(٢) .

قوله : (وفي القديم : موقوف ؛ إن أجاز مالكة . . نفذ ، وإلا . . فلا)
لحديث عروة البارقي ، قال : دفع إليّ رسول الله صلى الله عليه وسلم ديناراً
لأشتري له شاة ، فاشتريت له شاتين ، فبعت إحداهما بدينار ، وجئت بالشاة
والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكر له ما كان من أمره ، فقال
له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفْقَةِ يَمِينِكَ » . رواه
الترمذي بهذا اللفظ بإسناد صحيح ، وأبو داود وابن ماجه بإسناد حسن^(٣) .

وهذا القول منصوص عليه في الجديد ، قال في « الروضة » : وهو قوي من
جهة الدليل^(٤) ، قال في « مختصر المهمات » : أقوى ما فيه : حديث عروة
وهو باع وسلم ، والمصحح هنا : لا يجوز التسليم إلا بالإذن كما في « شرح
المذهب »^(٥) ، فتعين حمله على أنه كان وكيلاً للنبي صلى الله عليه وسلم في
بيع ما يراه من ماله الموجود والحادث ، ويكون دليلاً على صحة هذا التوكيل ؛
كما ذكره الرافعي في (الوكالة)^(٦) .

(١) سنن الترمذي (١٢١٧) ، وأخرجه أبو داود (٢١٩٠) ، والنسائي (٤٦١٢) عن عمرو بن
شعيب عن أبيه عن جدّه ، وفي (أ) جاء الحديث ناقصاً بدون الطرف الثاني والثالث .

(٢) المجموع (٢٥٠ / ٩) .

(٣) سنن الترمذي (١٣٠٣) ، سنن أبي داود (٣٣٨٤) ، سنن ابن ماجه (٢٤٠٢) ، وأخرجه
البخاري (٣٦٤٢) ، واختلف في اتصاله ، قال الحافظ رحمه الله تعالى في « التلخيص »
(١٢ / ١١ - ١٢) : (قلت : الصواب : أنه متصل في إسناده مبهم) .

(٤) مختصر البويطي (ص : ٧١٧ - ٧١٨) ، روضة الطالبين (٢٢ / ٣) .

(٥) المجموع (٢٥٠ / ٩ - ٢٥١) .

(٦) الشرح الكبير (٢٤١ / ٥ - ٢٤٢) .

قال ابن العماد : الثابت في السنة : أنه صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشتري له شاة أضحية ، وهذه وكالة خاصة ، فدعوى أنها مطلقة خلاف الظاهر ، وأما الاعتراض بعدم جواز التسليم . . فلا يقدر في الصحة ؛ لأن الحديث إذا دل على أمرين ، وخرج أحدهما بدليل مخصوص . . استمر حكم الآخر .

وقوله : (موقوف) يعني : الملك ، وأما الصحة . . فإنها ناجزة ، كذا نقله الرافعي عن الإمام^(١) .

وهذا إذا لم يحضر المالك ، فلو باع مال غيره وهو ساكت . . لم يصح قطعاً ، خلافاً لأبي حنيفة ، قاله الصيمري ، وجزم به في « شرح المذهب »^(٢) .

قال الرافعي : والمعتبر : إجازة من يملك التصرف عند العقد ، حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز . . لم ينفذ ، وكذا لو باع مال الغير ثم ملكه وأجاز ، قال : والقولان جاريان فيما لو زوج أمة الغير ، أو ابنته ، أو طلق منكوحته ، أو أعتق عبده ، أو أجّر داره ، أو وهبها بغير إذنه^(٣) .

وقوله : (فبيع الفضولي) يوهم : أن قول الوقف لا يجري في الشراء ، وليس كذلك ، بل لو اشترى بعين مال الأجنبي ، أو بألف في ذمته وسماه . . كان على القولين ، فلو لم يصف الثمن إلى ذمة الأجنبي . . فعلى الجديد وجهان ؛ أحدهما : يقع عن المباشر ، وصححه الرافعي في

(١) الشرح الكبير (٣٤ / ٤) .

(٢) المجموع (٢٥١ / ٩) وفيه عن أبي حنيفة ما يخالف لما هنا .

(٣) الشرح الكبير (٣٢ / ٤) .

وَلَوْ بَاعَ مَالَ مُورَثِهِ ظَانًّا حَيَاتَهُ وَكَانَ مَيِّتًا . . صَحَّ فِي الْأَظْهَرِ .

الخامس : العلمُ به ،

(الوكالة)^(١) ، والثاني : يلغو ، قال في « الوسيط » : وهو الأولى^(٢) ، وقواه الإمام البلقيني .

قوله : (ولو باع مال مورثه ظاناً حياته وكان ميتاً . . صح في الأظهر) لأنه مالك في نفس الأمر ، والثاني : لا ؛ لأنه متلاعب ، وهما جديدان ، وحكى الخلاف جماعة وجهين .

ويجريان في بيع من ظن أنه آبق أو مكاتب ، فبان أنه راجع ، أو فسخ الكتابة .

وأجراهما الإمام والرافعي في تزويج أمة الأب على ظن حياته^(٣) ، وهو مشكل .

ولو باع مال أبيه على ظن أنه لنفسه ، ثم بان أن أباه مات . . صح قولاً واحداً ، ولو باع ما ظنه لغيره ، فبان لنفسه . . جزم الإمام بالصحة^(٤) ، قال الزركشي : والصواب : إجراء القولين ، وقال : صورة المسألة : أن يكون الوارث حائزاً ، وإلا . . فيقع في تفريق الصفقة .

وقال : علم من قوله : (ظاناً حياته) أنه لو كان ظاناً موته . . يصح بلا خلاف إذا بان أن الأمر كما ظنه ، وحكاه الإمام عن شيخه^(٥) .

قوله : (الخامس : العلم به) أي : كون المبيع معلوماً للمتعاقدين ؛ لما

(١) الشرح الكبير (٢٤٨/٥) .

(٢) الوسيط (٦٦/٢) .

(٣) نهاية المطلب (١٧٩/١٢ - ١٨٠) ، الشرح الكبير (٣٣/٤ - ٣٤) ، (٤٩٨/٧) .

(٤) نهاية المطلب (٤٠٨/٥) ، (٤٧٩/٥) .

(٥) نهاية المطلب (٤٧٩/٥ - ٤٨٠) .

فَبَيْعُ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ بَاطِلٌ ، وَيَصِحُّ بَيْعُ صَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ تُعْلَمُ صِيعَانُهَا ، وَكَذَا إِنْ جُهِلَتْ فِي الْأَصَحِّ .

روى مسلم : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر^(١) .

ولا يشترط العلم به من كل وجه ، بل العلم بعينه وقدره وصفته ، قاله الرافعي^(٢) .

وأشار إلى العين بقوله^(٣) : (فبيع أحد الثوبين باطل) وكذلك أحد العبدین ؛ كما صرح به في « المحرر »^(٤) ؛ للغرر ، وقيل : لأن العقد لا يجد مورداً يتأثر به في الحال .

قوله : (ويصح بيع صاع من صبرة تعلم صيعانها) أي : لعدم الغرر ، والجمهور على تنزيله على الإشاعة ، وإذا تلف بعضها . . تَلَفَ من المبيع بقدره ؛ فيبطل العقد فيه ، وفي باقي المبيع قولاً تفريق الصفقة ، وقيل : على الإبهام ، فيبقى المبيع ما بقي صاع .

قوله : (وكذا إن جهلت في الأصح) وهو المنصوص ؛ لتساوي أجزائها ، فتغتفر جهالة العين هنا ، وللبائع التعيين من أعلاها وأسفلها وإن لم يكن الأسفل مرئياً ، فلو تلفت إلا صاعاً . . تعين العقد فيه ، والثاني : لا يصح ؛ كذراع من أرض مجهولة الذرعان .

والمراد بالعلم : علم المتعاقدين معاً ، فلو علم أحدهما . . كان على الخلاف ، فكان الصواب : أن يقول : (عَلِمَا صِيعَانُهَا) .

(١) صحيح مسلم (١٥١٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) الشرح الكبير (٤١ / ٤) .

(٣) وفي (ب) : (قوله) .

(٤) المحرر (٤٥٩ / ١) .

وَلَوْ بَاعَ بِمِلْءِ ذَا الْبَيْتِ حِنْطَةً ، أَوْ بِزِنَةِ هَذِهِ الْحَصَاةِ ذَهَبًا ، أَوْ بِمَا بَاعَ بِهِ
فُلَانٌ فَرَسَهُ ، أَوْ بِأَلْفِ دَرَاهِمٍ وَدَنَانِيرَ . لَمْ يَصِحَّ .

وَلَوْ بَاعَ بِنَقْدٍ وَفِي الْبَلَدِ نَقْدٌ غَالِبٌ . . . تَعَيَّنَ ،

فرع : لو اختلفا فقال المشتري : أردت الإشاعة . . فالعقد صحيح ، وقال
البائع : أردت معيناً . . فالأرجح من « زوائده » : تصديق البائع حتى
يفسد^(١) .

قوله : (ولو باع بمِلءِ ذَا الْبَيْتِ حِنْطَةً ، أَوْ بِزِنَةِ هَذِهِ الْحَصَاةِ ذَهَبًا ، أَوْ بِمَا
باع به فلان فرسه ، أَوْ بِأَلْفِ دَرَاهِمٍ وَدَنَانِيرَ . لم يصح) أشار إلى أن العوض إذا
كان في الذمة يشترط كونه معلوم القدر ، فيبطل في الثلاثة الأول ؛ للجهل
بالمقدار ، وفي الرابعة ؛ للجهل بمقدار الذهب من الفضة .

فإن كان معيناً أو عَلِمَا قبل العقد مقدار البيت والحصاة . . صح ، ولو عَلِمَا
ثمن الفرس وقَصَدَا البيع بمقداره . . صح ، وإن أطلقا . . قال العراقيون
والبغوي : لا يصح^(٢) ، وقال الإمام والرويان وغيرهما : يصح ، قال ابن
الرفعة : وهو الأشبه^(٣) .

قوله : (ولو باع بنقد وفي البلد نقد غالب . . تعين) لأن الظاهر : إرادتهما
له ، ولا فرق في الغلبة المحمول عليها بين أن يكون في نوع النقد ؛ كالقاشاني
والسابوري^(٤) ، أو صفته ؛ ككونه خالصاً أو مغشوشاً ، صحيحاً أو مكسراً ،

(١) روضة الطالبين (٢٩/٣) .

(٢) التهذيب (٦٦/٥) .

(٣) نهاية المطلب (١٥/١٠ - ١٦) ، قاسوا هذه المسألة على مسألة : أوصيت له بنصيب
ابني . . . إلخ . راجع « كفاية النبيه » (٦٢/٩) ، و« الشرح الكبير » (١٤٠/٧) ، وهي
ساقطة من « بحر المذهب » المطبوع ، واستدركوها فيه من « الحاوي الكبير » .

(٤) القَاسَانِي - بالسين المهملة أو الشين المعجمة - نسبة إلى قاسان ، وهي بلدة عند قَمَ ، وأهلها =

أَوْ نَقْدَانِ وَلَمْ يَغْلِبْ أَحَدُهُمَا . . اشْتُرِطَ التَّعْيِينُ .

حتى لو كان الغالب : أن يكون النصف صحاحاً والنصف مكسراً ، أو الثلث والثلثان . . حمل عليه .

نعم ؛ إذا غلب المكسر ، ولكن تفاوتت قيمته . . لا يصح البيع ؛ كما نقله الرافعي والمصنف عن « البيان »^(١) ، قال الإسنوي : ومقتضى كلام الروياني : تصحيح الجواز^(٢) .

ولو غلب دراهم عددية ناقصة الوزن أو زائدة . . ففي « الرافعي » في (الخلع) : أن الأصح : تنزيل البيع وغيره عليها^(٣) .

ويحمل العقد على الفلوس أيضاً إذا غلبت ؛ كما جزم به الرافعي^(٤) .

قوله : (أو نقدان ولم يغلب أحدهما . . اشترط التعيين) أي : باللفظ ؛ كما جزم به الرافعي في (الخلع)^(٥) .

فإن لم يعين . . بطل قطعاً ؛ لأنه ليس بعضها بأولى من بعض ، وصوره في « البيان » بما إذا اختلفت قيمتهما ، وإلا . . فالأصح : أنه لا يجب التعيين ، وجزم به الرافعي في نظيره من الصحاح والمكسرة^(٦) .

= شعبة ، والسائبوري : نسبة مشتركة بين ثلاثة أشياء : نسبة إلى سابور بلدة بفارس ، ونسبة إلى جدّ اسمه سابور ، ونسبة إلى ملك من ملوك العجم . تكملة المجموع للسبكي (٢٣٥ / ١٠) باختصار .

(١) الشرح الكبير (٤٧ / ٤) روضة الطالبين (٣٢ / ٣) ، البيان (١٠٧ / ٥) .

(٢) المهمات (٧٣ / ٥) ، بحر المذهب (٤٥٤ / ٤) .

(٣) الشرح الكبير (٤٤٠ / ٨) .

(٤) الشرح الكبير (٤٦ / ٤) .

(٥) الشرح الكبير (٤٦٨ / ٨) . وفي « المنهاج » المطبوع : (أو نقدان لم يغلب) .

(٦) البيان (١٠٧ / ٥) ، الشرح الكبير (٤٧ / ٤) .

وَيَصِحُّ بَيْعُ الصُّبْرَةِ الْمَجْهُولَةِ الصِّيْعَانِ كُلِّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ ، وَلَوْ بَاعَهَا بِمِئَةِ
دِرْهَمٍ كُلِّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ . . . صَحَّ إِنْ خَرَجَتْ مِئَةٌ ، وَإِلَّا . . . فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ .
وَمَتَى كَانَ الْعَوَضُ مُعَيَّنًا . . . كَفَتْ مُعَايِنَتُهُ .

قوله : (ويصح بيع الصبرة المجهولة الصيعان كل صاع بدرهم ، ولو باعها
بمئة درهم كل صاع بدرهم . . . صح إن خرجت مئة ، وإلا . . . فلا على
الصحيح ، ومتى كان العوض معيناً . . . كفت معاينته) .

اعلم : أنه متى كان المبيع أو الثمن معيناً . . . لا يشترط العلم بمقداره ، بل
تكفي معاينته ، فيصح بيع الصبرة جزافاً ، لكن يكره على الأظهر ، وكذا البيع
بصبرة من الدراهم ؛ لأنه قد يقع في الندم .

ولو باع الصبرة المعلومه الصيعان ، أو المجهولة كل صاع بدرهم ، أو
الأرض أو الثوب كل ذراع بدرهم ، أو القطيع كل شاة بدرهم . . . صح ، أما في
المعلومة . . . فظاهر ؛ لأنه علم الجملة والتفصيل ، وأما في المجهولة . . . فلا أنه
علم التفصيل .

وقال ابن القطان : لا يصح في المجهولة .

ولو قال : بعتك منها كل صاع بدرهم . . . لم يصح ، وقال ابن سريج :
يصح في صاع .

ولو قال : بعتك كل صاع منها بدرهم . . . قال من « زوائده » هنا : لم يصح
على الصحيح الذي قطع به الجمهور ، واختار الإمام وشيخه : الصحة^(١) .

ولو قال : بعتك هذه الصبرة بمئة درهم كل صاع بدرهم ، أو قال مثله في
الأرض أو الثوب ؛ فإن خرجت مئة . . . صح ؛ لحصول الغرضين وهما بيع

(١) روضة الطالبين (٣ / ٣٤) ، نهاية المطلب (٨ / ١١٤) .

وَالْأَظْهَرُ : أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْغَائِبِ ، وَالثَّانِي : يَصِحُّ ،

الجملة بالمئة ، ومقابلة كل واحد بواحد .

وإن خرج زائداً أو ناقصاً . لم يصح على الأظهر ؛ لتعذر الجمع بين الأمرين المذكورين ، والثاني : يصح ؛ تغليبا للإشارة ، فإن خرجت زائدة . . فللمشتري على الأصح ، ولا خيار له قطعاً ، ولا للبائع على الأظهر ، وإن نقصت . . تخير المشتري ، فإن أجاز . . فهل يخير بجميع الثمن أو بالقسط ؟ وجهان ؛ أحدهما في « شرح المذهب » : الثاني^(١) ، قاله الزركشي .

وتعبير المصنف بـ (الصحيح) تبع فيه « المحرر »^(٢) ، والخلاف قولان ؛ كما في « الروضة » و« أصلها » ، وعبر بالأظهر^(٣) .

فإن ذكر الجملة فقط ؛ ك : بعته على أنها مئة بمئة ، أو التفصيل فقط ؛ ك : بعته كل صاع بدرهم على أنها مئة ، وخرجت زائدة أو ناقصة . . فالأظهر : الصحة ، ويخير البائع في الزيادة ، والمشتري في النقصان .

قوله : (والأظهر : أنه لا يصح بيع الغائب) لأنه غرر ، (والثاني : يصح) لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَنْ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ . . فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَاهُ » . ضعفه الدارقطني والبيهقي^(٤) .

والأصح : طرد القولين فيما لم يره المتعاقدان أو أحدهما .

والحاضر الذي لم ير كالغائب ، وقيل : لا يصح قطعاً ؛ لإمكان رؤيته .

(١) المجموع (٢٩٧/٩ - ٢٩٨) .

(٢) المحرر (٤٥٩/١) .

(٣) الشرح الكبير (٤٩/٤) ، روضة الطالبين (٣٤/٣) .

(٤) سنن الدارقطني (ص : ٦٠٢ - ٦٠٣) ، سنن البيهقي الكبير (١٠٥٢٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه . قال الدارقطني : (هذا باطل لا يصح) .

وَيُثْبِتُ الْخِيَارُ عِنْدَ الرُّؤْيَةِ .

والقولان في بيع الغائب وشرائه جاريان في إجارته ، والإجارة به ، والصلح عليه ، وجعله رأس مال السلم إذا سلم في المجلس ، وصحة تسميته في الصداق والخلع ، والعفو عن الدم ، ويجريان أيضاً في الرهن والهبة ، وأولى بالصحة^(١) ؛ ولذلك لا خيار فيهما عند الرؤية إذا صححناهما ؛ كما جزم به في « الروضة »^(٢) .

فإن قلنا بالصحة . . فلا بد من ذكر جنس المبيع ونوعه على الصحيح ، فيقول مثلاً : بعتك عبدي التركي ، أو فرسي العربي ، ولا يحتاج إلى ذكر الصفات على الصحيح ، لكن إذا كان له عبدان من نوع ، فباع أحدهما . . اشترط تمييزه بسن أو غيره .

قوله : (ويثبت الخيار عند الرؤية) أي : للمشتري إذا لم يره على القول بالصحة ، وكذا للبائع إذا لم ير المبيع على ما صححه الرافعي في الكلام على شراء الأعمى^(٣) ، وهو مقتضى إطلاق المصنف^(٤) .

ومحل هذا الخلاف : إذا وجد البائع على حاله أو ناقصاً ، وإن كان زائداً . ثبت له الخيار بلا خلاف ، قاله الماوردي ، وقاسه على ما إذا رآه المشتري ناقصاً^(٥) .

قال ابن العماد في تصويره إشكال ؛ لأن الزيادة المتصلة والمنفصلة

(١) وفي « روضة الطالبين » (٣٥ / ٣) : (وهما أولى بالصحة لعدم الغرر) .

(٢) روضة الطالبين (٣٥ / ٣) .

(٣) الشرح الكبير (٥٢ / ٤ - ٥٣) .

(٤) أي : في قوله : (ويثبت الخيار عند الرؤية) . تحرير الفتاوى (٧٠٢ / ١) .

(٥) الحاوي الكبير (٢١ / ٦) .

وَتَكْفِي الرُّؤْيَةُ قَبْلَ الْعَقْدِ فِيمَا لَا يَتَغَيَّرُ غَالِباً إِلَى وَقْتِ الْعَقْدِ ، دُونَ مَا يَتَغَيَّرُ غَالِباً .

للمشتري ؛ لحدوثها على ملكه وإن كانت متميزة ؛ كما لو باع القمح الذي في البيت الفلاني وهو عشرة أَرَادِبٍ^(١) مثلاً ، فظهر أزيد . . فالبيع قد تناول الجميع إن غلبنا الاسم ، وإن غلبنا الإشارة . . فهو من باب الخطأ في الوصف الذي يرجع ضرره على البائع ، فينبغي ألا يثبت الخيار ؛ كما إذا قال : بعتك هذه الزجاجة ، فظهرت جوهرة . . فما قاله الماوردي : لا يصح ، ولا يسلمه الخراسانيون .

ويمتد هذا الخيار بامتداد مجلس الرؤية على الأصح .

قوله : (وتكفي الرؤية قبل العقد فيما لا يتغير غالباً إلى وقت العقد) أي : وإن منعنا بيع الغائب ؛ لأنه قد عرفه بتلك الرؤية ، والغالب بقاؤه على ما شاهده عليه ، وقال الأنماطي : لا بد من الرؤية حال العقد ، قال الإسنوي : ونقله في « شرح المذهب » عن النص ، وفي « المهمات » : حكايته عن « البحر » للرويان^(٢) ، وكذا حكاه السبكي .

وصورة المسألة : أن يكون حال البيع ذاكراً لأوصافه ، فإن نسيها . . فهو بيع غائب .

قوله : (دون ما يتغير غالباً) كالبقول ؛ لأن الرؤية السابقة لم تُفِدْ معرفته حال العقد ، فإن احتمل التغير وعدمه ؛ كالحيوان . . فالأصح : الصحة كذا

(١) الإزْدَبُ : كيل معروف بمصر . وهو : أربعة وعشرون صاعاً بصاع النبي صلى الله عليه وسلم . المصباح المنير (ص : ٢٢٤) باختصار .

(٢) المجموع (٢٨١/٩) ، المهمات (٨٠/٥) وعبارته : (كذا حكاه الرويان في « البحر » عن البيهقي عن ابن مقلص تلميذ الشافعي) ، وليس في « البحر » المطبوع ؛ إذ هو ناقص .

وَتَكْفِي رُؤْيُهُ بَعْضِ الْمَبِيعِ إِنْ دَلَّ عَلَى بَاقِيهِ ؛ كَظَاهِرِ الصُّبْرَةِ ، وَأُنْمُودَجِ
الْمُتَمَاثِلِ ،

حكى في « الروضة » و« أصلها » الخلاف في حالة الاحتمال وجهين^(١) ، وفي
« مختصر المهمات » : أن الإمام البلقيني قال : هو قولان ، صرح بهما
الماوردي^(٢) .

فإن وجده متغيراً فيما لا يتغير وفيما يحتمله .. فله الخيار ، فإن اختلفا في
التغير .. فالأصح : تصديق المشتري بيمينه .

قوله : (وتكفي رؤية بعض المبيع إن دل على باقيه ؛ كظاهر الصبرة) أي :
لأن الغالب استواء ظاهرها وباطنها ، فإن خالف الظاهر الباطن .. ثبت
الخيار ، وفي قول : إنه لا بد من تَقْلِيلِهَا .

والمراد بالصبرة : صبرة الحنطة والشعير والدقيق والجوز واللوز ، وما في
معنى ذلك مما لا يختلف في الغالب ؛ كالمائعات في أوعيتها .

ولا تكفي رؤية صبرة البطيخ والسفرجل والرمان ونحوه مما يباع عدداً ، بل
لا بد من رؤية كل واحدة ، ولا يكفي في سَلَةِ العنب والخوخ ونحوهما رؤية
أعلاها ؛ لاختلافها .

قوله : (وأنمودج المتماثل) هو المسمى : بالعين ، وهو مثال ثان لرؤية
بعض المبيع .

والمتماثل ؛ أي : المتساوي الأجزاء ؛ كالحبوب ، فإذا أراه إياه ،
وقال : بعثك من هذا النوع كذا .. فهو باطل ؛ إذ لا يمكن انعقاده بيعاً ؛ لأنه

(١) روضة الطالبين (٣٧/٣) ، الشرح الكبير (٥٥/٤) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٣/٦ - ٢٤) .

أَوْ كَانَ صَوَانًا لِلْبَاقِي خَلْقَةً ؛ كَقَشْرِ الرُّمَّانِ وَالْبَيْضِ ، وَالْقَشْرَةِ السُّفْلَى لِلْجَوَزِ وَاللُّوزِ .

لم يعين مالاً ، ولم يراع شروط السلم ، ولا يقوم ذلك مقام الوصف في السلم على الصحيح .

وإن قال : بعثك الحنطة التي في هذا البيت ، وهذا الأنموذج منها ، فإن أدخله في البيع برده إلى الصبرة قبل البيع . . صح ، وإلا . . فلا في الأصح ؛ لأنه لم ير المبيع ولا شيئاً منه ، أما إذا أدخله في البيع من غير رد . . فإنه يكون ؛ كمن باع عينين رأى إحداهما ؛ لأن المرئي متميز عن غير المرئي ، كذا قاله البغوي في « فتاويه » ، وكذلك لو جعل الصبرة صبرتين ، ثم أراه إحداهما ، وباعهما جميعاً^(١) .

قال ابن العماد : هذا غلط على « فتاوى البغوي » فإنه نقل أولاً الجزم بالصحة في الأنموذج من غير رد ، وهو طريق القفال ، ثم قال البغوي عن أصحابه : إنه إن رد الأنموذج ، ثم باعه . . فكما لو باع شيئاً رأى بعضه ؛ أي : كالثوب ونحوه ، ويدل عليه قوله : (كظاهر الصبرة) ، وإن لم يرده . . فهو كما لو باع عينين رأى إحداهما .

فظهر أن البغوي لا يرى بالصحة في بيع الأنموذج ، ولا يكتفي برؤيته عن غيره .

قوله : (أو كان صواناً للباقي خلقة ؛ كقشر الرمان والبيض ، والقشرة السفلى للجوز واللوز) أي : لأن بقاءه من مصالحه .

والصوان بكسر الصاد وضمها ، هو : الوعاء الذي يسان فيه الشيء .

(١) فتاوى البغوي (ص : ١٤٨-١٤٩) .

وَتُعْتَبَرُ رُؤْيَةُ كُلِّ شَيْءٍ عَلَى مَا يَلِيقُ بِهِ .

واحترز به : عن جلد الكتاب ونحوه ، فإنه لا تكفي رؤيته بل لا بد من تقلب كل ورقة .

واحترز بـ (القشرة السفلى) وهي : التي تكسر حالة الأكل عن العليا ، فإنه لا يصح البيع قبل إزالتها .

وقد تلخص مما قاله المصنف : أنه يشترط أن يُرى المبيع أو يرى بعضه بشرط أن يكون ذلك البعض دالاً على الباقي ، أو صواناً له خلقياً .

وهذا الضابط ينتقض بالفُقَاع فإنه يصح بيعه على الأصح في الكوز من غير رؤية ، مع أن الكوز ليس خلقياً ، ولا بعض المبيع .

أما إذا كان المبيع شيئين رأى أحدهما ؛ فإن أبطلنا بيع الغائب . . ففي المرئي قولاً تفريق الصفقة ، وإلا . . ففي صحة العقد فيهما قولاً الجمع بين مختلفي الحكم ؛ فإن صححنا . . فله رد ما لم يره ، وإمساك ما رآه .

قوله : (وتعتبر رؤية كل شيء على ما يليق به) يعني : يشترط أن يرى من كل مبيع مقاصده ، فلا بد في الدار : من البيوت ، والسقوف ، والجدران ، داخلاً وخارجاً ، والمستحَم ، والبالوعة ، وكذا السطوح في الأصح .

ولا بد في البستان : من رؤية الأشجار ، والجدران ، ومسائل الماء .

وفي العبد : من رؤية الوجه ، والأطراف ، وكذا ما عدا العورة على الأصح .

والأصح : أن الجارية كالعبد .

ويشترط : رؤية الشعر في الأصح ، لا اللسان والأسنان في الأصح .

وفي الدواب : مقدمها ومؤخرها ، وقوائمها ، ورفع ما على ظهرها .

ولا بد في الثوب المطوي من نشره على الأصح ، فإن كان صفيقاً ؛

وَالْأَصَحُّ : أَنَّ وَصْفَهُ بِصِفَةِ السَّلَمِ لَا يَكْفِي .
وَيَصِحُّ سَلَمُ الْأَعْمَى ، وَقِيلَ : إِنَّ عَمِيَ قَبْلَ تَمْيِيزِهِ .. فَلَا .

كالديباج المنقوش والبسط والزَّلالي^(١) .. فلا بد من رؤية وجهيه معاً ، وإن كان رقيقاً لا يختلف .. كفى رؤية أحد وجهيه في الأصح .
ولا بد في الكتب والورق الأبيض : من قلب كل ورقة .
والاعتبار في الرؤية بالعاقدين ، فلو رأى الوكيل ولم ير الموكل .. صح قطعاً ، وعكسه بيع غائب .

قوله : (والأصح : أن وصفه بصفة السلم لا يكفي) أي : عن الرؤية إذا شرطناها ؛ لأن الرؤية تفيد أموراً تقصر عنها العبارة ، والثاني : يكفي ؛ لأن ثمرة الرؤية هي المعرفة ، والوصف يفيدها .

قوله : (ويصح سلم الأعمى) أي : سواء أسلم لغيره أو أسلم غيره إليه ؛ لأنه يعرف الصفات ، ويوكل من يقبض عنه ، ولا يصح قبضه بنفسه على الأصح .

قوله : (وقيل : إن عمي قبل تمييزه .. فلا) لعدم معرفته الصفات .
وعلى الأول يشترط : أن يكون رأس المال موصوفاً في الذمة ثم يعين في المجلس ، فإن كان معيناً في العقد .. كان كما لو باع عيناً ، وبيعه وشراؤه قيل : كبيع الغائب ، والأصح : القطع بالبطلان ؛ كبيع الغائب على أن لا خيار .
ويجوز أن يشتري نفسه ويؤجرها ؛ لأنه لا يجهلها ، وهبته ورهته كبيعه ، فإن صححنا بيعه .. قام وصف غيره له مقام رؤيته ، وطريقه : أن يوكل في تصرفاته ، ويحتمل ذلك ؛ للضرورة .

(١) الزَّلِيَّة : نوع من البُسط ، والجمع : الزَّلالي . المصباح المنير (ص : ٢٥٥) .

بَابُ الرِّبَا

إِذَا بَاعَ الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ ؛ إِنْ كَانَ جِنْسًا . . اشْتَرَطَ الْحُلُولُ ، وَالْمُمَاثَلَةُ ،
وَالْتَقَابُضُ قَبْلَ التَّفَرُّقِ ،

(باب الربا)

هو مقصور ، ويكتب بالألف والواو والياء ، ويقال : الرماء بالميم والمد ، والرُّبْيَةُ بالضم والتخفيف .

وأصل الربا : الزيادة إما في نفس الشيء ؛ كقوله تعالى : ﴿ أَهْتَزَّتْ وَرَبَتْ ﴾ [فصلت : ٣٩] ، وإما في مقابلة ؛ كدرهم بدرهمين ، وهذا^(١) حقيقة شرعية ؛ كما قاله ابن سريج ، وعليه : فالربا : اسم لمقابلة عوض بعوض مخصوص ، غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد ، أو مع تأخير في البدلين أو أحدهما .

والأصل في تحريمه : قوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ [البقرة : ٢٧٥] .

وما روى مسلم عن جابر قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا ، وموكله ، وشاهده ، وكاتبه^(٢) .

قوله : (إذا بيع الطعام بالطعام ؛ إن كان جنساً . . اشترط الحلول ، والمماثلة ، والتقابض قبل التفرق) لما روى عبادة بن الصامت قال : سمعت

(١) أي : الثاني .

(٢) صحيح مسلم (١٥٩٨) .

رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، إلا سواء بسواء ، عيناً بعين ، فمن زاد أو ازداد . . فقد أربى . رواه مسلم^(١) .

وروى أيضاً عن معمر بن عبد الله قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ »^(٢) . وهو يدل على أن العلة هي الطعام ، ف قيل : النهي عن الربا في الستة تعبّد ، ويتعدى لكل مطعوم ؛ لهذا الحديث ، وقيل : تعبّد في النقيدين معلل في الأربعة .

وقوله : (إن كان) أي : المجموع ، وهو الثمن والمثمن ، وعبرة « المحرر » : (كانا)^(٣) ، وهي أحسن .

ولا فرق في الجنس بين أن يختلف نوعه ؛ كالمعقلي والبرني^(٤) ، أو صفته ؛ كالجيد والرديء ، أم لا يختلف بالكلية ، ومتى وقع العقد مع فوات واحد من الشروط . . كان باطلاً وأثماً به .

وطريقهما إذا أرادا التفرق من غير قبض : أن يتفاسخا ، ومن هذه المسألة يؤخذ : أن تعاطي العقود الفاسدة حرام ، والتخاير في المجلس قبل التقابض كالتفرق على الصحيح ، فيبطل العقد ، وصحح في « شرح المذهب » فيما ينقطع به الخيار الصحة وعليهما التقابض ، فإن تفرقا قبله . . انفسخ العقد ،

(١) صحيح مسلم (٨٠ / ١٥٨٧) .

(٢) صحيح مسلم (١٥٩٢) .

(٣) المحرر (٤٦٢ / ١) .

(٤) المعقليّ : نوع من التمر ينسب إلى معقل بن يسار المزني بالبصر . المصباح المنير (ص : ٤٢٣) بتصرف . البرنيّ : نوع من أجود التمر . المصباح المنير (ص : ٤٥) .

أَوْ جِنْسَيْنِ ؛ كَحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ . . جَازَ التَّفَاضُلُ ، وَاشْتَرَطَ الْحُلُولُ وَالتَّقَابُضُ .

حكاه في « المهمات »^(١) .

قال ابن العماد : والذي يَقْوَى ترجيحه : البطلان بالتخاير مطلقاً ، ولو تقابضا بعض كل واحد من العوضين ، ثم تفرقا . . بطل فيما لم يقبض ، وفي المقبوض قولاً تفريق الصفقة .

وقال الإمام البلقيني : لو تصارفا مئة دينار بألف درهم ، وقبض الألف وخمسين من الدنانير ، وصحح البيع في الخمسين . . لزم على المذهب بنصف الألف ، وليس لهما خيار الفسخ ، من « مختصر المهمات » .

ولا بد في القبض : أن يكون محققاً ، فلا تكفي الحوالة وإن حصل القبض بها في المجلس على الأصح ، وتكفي الوكالة إن قبض الوكيل قبل مفارقة الموكل .

ويصح قبض الوارث بعد موت مورثه إذا قلنا : إن خيار المجلس لا يبطل بالموت ، وهو الصحيح ، قاله الإمام^(٢) .

وقضيته : عدم اشتراط حضور الوارث مجلس العقد كخيار المجلس ، والأشبه : اشتراطه ، قاله الزركشي ، ولو كان العاقد وكيلاً فقبض موكله ، أو عبداً فقبض سيده . . لم يكف .

قوله : (أو جنسين ؛ كحنطة وشعير . . جاز التفاضل ، واشترط الحلول والتقابض) لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عبادة : « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ . . فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ ، إِذَا كَانَ يَدَا بَيْدٍ » . رواه مسلم^(٣) .

(١) المجموع (١٧٠ / ٩) ، المهمات (١٠٣ / ٥ - ١٠٤) .

(٢) نهاية المطلب (٢٣ / ٥) وما بعدها .

(٣) صحيح مسلم (٨١ / ١٥٨٧) .

وَالطَّعَامُ مَا قُصِدَ لِلطَّعْمِ اقْتِنَاتًا أَوْ تَفَكُّهًا أَوْ تَدَاوِيًا .

وقوله : « يَدَأُ بِيَدٍ » أي : مقابضة ، ويلزم من ذلك الحلول ، ويؤخذ صريحاً من قوله في حديثه الأول : (عينا بعين)^(١) لأن وضع الأجل ينافي استحقاق القبض .

فإن باع الطعام بغيره . . لم يشترط شيء من الثلاثة .

قوله : (والطعام : ما قصد للطعم اقتيناتاً أو تفكهاً أو تداوياً) لأنه عليه الصلاة والسلام في حديث عبادة نص على البر والشعير ، والمقصود منهما : القوت ، فألحق بهما ما في معناهما ؛ كالأرز والذرة .

ونص على التمر ، والمقصود منه : التآدم والتفكه ، فألحق به ما في معناه ؛ كالزبيب والتين والفواكه .

ونص على الملح ، والمقصود منه : الإصلاح ، فألحق به ما يحتاج إليه من المطعومات لإصلاح مطعوم آخر ، أو لإصلاح البدن ، وهو ما يتداوى به ؛ كالهليلج ، وكذا المصطكى^(٢) والزعفران والزنجبيل .

وقول المصنف : (قصد) أشار به إلى أنه لا ربا فيما يجوز أكله ، ولكن لا يقصد تناوله عادة ؛ كأطراف قضبان العنب والجلود ، وعبارة « المحرر » : (ما يقصد)^(٣) ، ويؤخذ منها : إرادة الغلبة ؛ لأنه لا فرق بين ما يؤكل غالباً أو نادراً ؛ كالبَلُوط^(٤) ، فالذي أظهر مقاصده الطعم ربوي وإن كان لا يؤكل إلا نادراً .

(١) صحيح مسلم (٨٠ / ١٥٨٧) .

(٢) الهليلج : معروف من الأدوية . تهذيب اللغة (٥٤ / ٦) . المصطكى : العلك الرُومي ، فليس بعربي . تهذيب اللغة (٤٢ / ١٠) .

(٣) المحرر (٤٦٢ / ١) .

(٤) البَلُوط : من أهم شجر الأحرار ، غليظ الساق ، كثير الخشب من الفصيلة البلوطية . المعجم الوسيط (ص : ٦٩) .

وَأَدَقَّةُ الْأُصُولِ الْمُخْتَلِفَةِ الْجِنْسِ وَخُلُولُهَا وَأَذْهَانُهَا.. أَجْنَاسٌ ، وَاللُّحُومُ
وَالْأَلْبَانُ كَذَلِكَ فِي الْأَظْهَرِ .

وقوله : (للطعم) بالضم هو : الأكل ، أراد به طعم الآدميين ، وكان
يستغنى عن ذكره ؛ لأن الطعام والطعم يتوقف معرفة كل منهما على معرفة
الآخر^(١) .

والماء العذب ربوي على الأصح ؛ لأنه مطعوم ، والحلاوات ربوية ،
ولا يدخلان في كلامه ؛ كما قاله الإسنوي ، وقد يقال : الحلوى تدخل في
قوله : (تفكهاً) .

قوله : (وأدقة الأصول المختلفة الجنس وخلولها وأذهانها.. أجناس)
لأنها فروع لأصول مختلفة ربوية ، فأجري عليها حكم أصولها ، فعلى هذا :
يباع دقيق الحنطة بدقيق الشعير متفاضلاً ، وكذلك خل التمر بخل العنب ،
ودهن البنفسج بدهن الورد^(٢) .

وفي الأدقة قول : إنها جنس واحد .

واحترز بـ (المختلفة) ، عن : المتحدة ؛ كأدقة أنواع القمح ، فإنها جنس
بلا نزاع .

قوله : (واللحوم والألبان كذلك في الأظهر) لأنها فروع لأصول مختلفة
فأشبهت الأدقة ، والثاني : أنها جنس واحد ؛ لاشتراكها في الاسم الذي

(١) قال ابن حجر : تنبيه : في عبارته هذه دورٌ ؛ لتوقف معرفة الطعام على الطعم مع رجوعهما
لمعنى واحد ، وقد يُحَلُّ : بأن يُرَاد بـ (الطعام) : أفرادُه التي تجري فيها الربا . تحفة
المحتاج (٤ / ٤١٥) .

(٢) البنفسج : نبات زهري من جنس « فيولا » من الفصيلة البنفسجية ، يزرع للزينة ، ولزهوره :
عطر الرائحة . المعجم الوسيط (ص : ٧١) .

وَالْمُمَاطِلَةُ تُعْتَبَرُ فِي الْمَكِيلِ كَيْلًا ، وَالْمَوْزُونِ وَزْنًا .
وَالْمُعْتَبَرُ : غَالِبُ عَادَةِ الْحِجَازِ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ .

لا يقع التمييز بعده إلا بإضافة ، فأشبهت أنواع الثمار .

فعلى الأول : لحوم البقر جواميسها وغيرها جنس ، ولحوم الغنم ضأنها ومعزها جنس ، والطيور أجناس ؛ كالعصافير والبطوط والدجاج ، والصحيح : أن الفاخت والقُمري والدُّبسي^(١) أجناس .
وبيض الطيور أجناس على المذهب .

قوله : (والمماثلة تعتبر في المكيل كيلاً ، والموزون وزناً) لقوله صلى الله عليه وسلم : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ تَبْرُهُ وَعَيْنُهُ وَزَنًا بوزن ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ تَبْرُهُ وَعَيْنُهُ وَزَنًا بوزن ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ ، وَالبُرُّ بِالبُرِّ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ كَيْلًا بِكَيْلٍ ، فَمَنْ زَادَ أَوْ أَزْدَادَ . فَقَدْ أُرْبَى » . رواه النسائي ، وسنده صحيح^(٢) .

ومن المكيلات : اللبن والخل والعصير والزبيب والسَّمْسَمُ والأرز والذُّرَّة .

ومن الموزونات : السمن والعسل والزيت على الصحيح فيها .

فلو باع المكيل بالوزن ، أو الموزون بالكيل . لم يصح .

قوله : (والمعتبر : غالب عادة الحجاز في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم) أي : في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً ؛ لأن الظاهر : أنه صلى الله عليه

(١) الفَاخْتَةُ : ضربٌ من الحمام المطوق ، إذا مَشَى . توسَّع في مَشْيِهِ وباعَدَ بين جناحيه وإبطيه وتمايل . المعجم الوسيط (ص : ٦٧٦) . الْقُمَرِيُّ : ضرب من الحمام مطوق حسن الصوت . المعجم الوسيط (ص : ٧٥٨) . الدُّبْسِيُّ : ضرب من الفواخت ، قيل : نسبة إلى طير (دُبْس) ، وهو الذي لونه بين السواد والحمرة . المصباح المنير (ص : ١٨٩) .

(٢) سنن النسائي (٤٥٦٤) عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه .

وَمَا جُهْلَ يُرْعَى فِيهِ عَادَةُ بَلَدِ الْبَيْعِ ، وَقِيلَ : الْكَيْلُ ، وَقِيلَ : الْوَزْنُ ،
 وَقِيلَ : يَتَخَيَّرُ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ لَهُ أَصْلٌ . . اغْتُبِرَ .

وسلم اطلع عليها وأقرها ، ولو تكايلا بمكيال آخر . . صح قطعاً ، ولو تكايلا
 بقصعة ونحوها مما لم يجز به العرف . . جاز عند الجمهور .

قوله : (وما جهل يرعى فيه عادة بلد البيع) يعني : إن ما جهلت فيه العادة
 الغالبة في عهده صلى الله عليه وسلم . . فالاعتبار فيه بعادة بلد البيع على
 الأصح ؛ لأن ما لم نجد في الشرع نرجع فيه إلى العادة ، وكذا ما حدث ، أو
 لم يكن في الحجاز ، أو كان في الحجاز يكال مرة ويوزن أخرى ، ولم يغلب
 أحدهما .

قوله : (وقيل : الكيل) لأنه أعمّ (وقيل : الوزن) لأنه أحصر (وقيل :
 يتخير) للتساوي ، أطلق الشيخان حكايته^(١) ، وفي « الإشراف » للهروي :
 وقيل : الأمر إلى اجتهاد الحاكم إن شاء . . قدره بالوزن ، وإن شاء . . قدره
 بالكيل ، حكاه الزركشي .

(وقيل : إن كان له أصل . . اعتبر) أي : أصل معلوم المعيار اعتبر به ؛
 مراعاة لأصله .

وعلى هذا : فدهن السَّمْسِمِ مكيل ، ودهن اللوز موزون إن جعلنا اللوز
 موزوناً ، فإن لم يكن كذلك كالبصل . . فهو على الأوجه الباقية .

وهذا كله إذا لم يكن أكبر جرماً من التمر ، فإن كان ؛ كالجوز
 والبيض . . فالاعتبار فيه بالوزن ؛ لأنه لم يعهد الكيل بالحجاز فيما هو أكبر من
 التمر .

(١) الشرح الكبير (٨١ / ٤) ، روضة الطالبين (٥٠ / ٣) .

وَالْتَقْدُ بِالنَّقْدِ كَطَعَامٍ بِطَعَامٍ .
وَلَوْ بَاعَ جِزَافًا تَخْمِينًا . . لَمْ يَصِحَّ وَإِنْ خَرَجَا سَوَاءً .

قوله : (والنقد بالنقد كطعام بطعام) أي : في جميع ما تقدّم^(١) ، فإن باعه بجنسه ؛ كالذهب بالذهب . . اشترط المماثلة والحلول والتقابض ، أو بغير جنسه ؛ كالذهب بالفضة . . جاز التفاضل ، واشترط الحلول والتقابض .

والنقد هو : المضروب ، لكن المراد هنا : الذهب والفضة .

والمطبوع والتبر والمصوغ ، والجيد والرديء ، والصحيح والمكسر في ذلك سواء ، ولا أثر لقيمة الصنعة في ذلك .

قوله : (ولو باع جزافاً تخميناً) أي : بجنسه طعاماً كان أو نقداً (. . لم يصح وإن خرجا سواء) لما روى مسلم عن جابر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصُّبْرَةِ من التمر لا يُعْلَم مَكِيلَتُهَا بِالْكَيْلِ الْمُسَمَّى من التمر^(٢) .

وفي « النسائي » على شرط مسلم : « لَا تُبَاعُ الصُّبْرَةُ مِنَ الطَّعَامِ بِالصُّبْرَةِ مِنَ الطَّعَامِ ، وَلَا الصُّبْرَةُ مِنَ الطَّعَامِ بِالْكَيْلِ الْمُسَمَّى مِنَ الطَّعَامِ »^(٣) .

ولأن المماثلة شرط ، فيشترط العلم بها عند العقد ، وهذا معنى قول الأصحاب : الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة .

والجزاف مثلثة الجيم : انتفاء الكيل والوزن ، وقيده بالتخمين ؛ لأنه يؤخذ منه البطلان في الجزاف بلا تخمين بطريق الأولى .

والتخمين : هو غلبة الظن بالمقدار .

(١) أي : في أوائل الباب .

(٢) صحيح مسلم (١٥٣٠) .

(٣) سنن النسائي (٤٥٤٨) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

وَتُعْتَبَرُ الْمُمَاثِلَةُ وَقْتُ الْجَفَافِ - وَقَدْ يُعْتَبَرُ الْكَمَالُ أَوَّلًا -

فقوله : (جزافاً) منصوب نعت لمحذوف ، أو على حذف مضاف ؛ أي : بيع جزاف ، و (تخميناً) مصدر في موضع الحال ، أو بنزع الخافض .

قوله : (وتعتبر المماثلة وقت الجفاف) أي : في الثمار والحبوب ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر ، فقال : « أَيْنُقْصُ الرُّطْبُ إِذَا يَبَسَ ؟ » فقالوا : نعم ، فنهى عن ذلك . رواه الحاكم وابن حبان ، وصححه الترمذي^(١) .

فأشار بقوله : « أَيْنُقْصُ الرُّطْبُ » إلى أن المماثلة إنما تعتبر عند الجفاف ، فلا تكفي مقابلة الجاف بالرطب ؛ لتحقيق النقصان ، ولا مقابلة الرطب بالرطب ؛ لأن المماثلة شرط ، وقد يتفاوتان في النقص^(٢) .

قوله : (وقد يعتبر الكمال أولاً) الأقرب إلى كلام الرافي^(٣) : أن يكون أشار به إلى العرايا ، فإن اعتبار الجفاف في التماثل إنما وجد أولاً ؛ لأنه يباع في حال الرطوبة بمثله إذا جف ، وأما غير العرايا . فإنه لا بد من أن يكون ذلك آخرأ ؛ أي : عند الجفاف .

فقوله : (وقد يعتبر الكمال) أراد به الجفاف ، قاله الإسنوي ، وقال الزركشي : معناه : أن المماثلة قد تعتبر وقت كمال ذلك الربوي في أول أحواله ؛ كاللبن فإنه كامل في أول أحواله وهو الحليب ، فتعتبر المماثلة ذلك الوقت ، وقال في مسألة العرايا : لا كمال في الرطب والعنب ، ولكن رخص

(١) المستدرک (٣٨ / ٢) ، صحيح بن حبان (٥٠٠٣) ، سنن الترمذي (١٢٦٨) عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه .

(٢) وفي (أ) و (ب) : (وقد يتفاوتان في النقص) .

(٣) وكلامه في « المحرر » (٤٦٣ / ١) هكذا : (وإنما تعتبر المماثلة وقت الجفاف آخرأ ، وقد يعتبر وقت الكمال في الأول) .

فَلَا يُبَاعُ رُطْبٌ بِرُطْبٍ وَلَا بَتْمَرٍ ، وَلَا عِنَبٌ بِعِنَبٍ وَلَا بِزَبِيبٍ .
وَمَا لَا جَفَافَ لَهُ ؛ كَالْقِثَاءِ وَالْعِنَبِ الَّذِي لَا يَتَزَبَّبُ لَا يُبَاعُ أَصْلًا ، وَفِي
قَوْلٍ : تَكْفِي مُمَاطِلَتُهُ رُطْبًا .

في بيعه بمثله جافاً بشرطه .

قوله : (فلا يباع رطب برطب ولا بتمر ، ولا عنب بعنب ولا بزبيب) لما
سبق^(١) ، وروى أحمد عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لَا
تُبَاعُ ثَمَرَةٌ بِثَمَرَةٍ »^(٢) .

ولابن أبي شيبة عن ابن عمر : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
العنب بالزبيب كيلاً^(٣) .

وهكذا اللحم لا يباع رطبه برطبه ولا بقديده ، بل قديده المنزوع العظم
بمثله .

قوله : (وما لا جفاف له) أي : من الثمار (كالقثاء والعنب الذي
لا يتزيب لا يباع أصلاً) أي : بعضه ببعضه ؛ للجهل بالتماثل ، فلو فرض
تجفيفه على ندور . . ففي استمرار المنع وجهان ، قال السبكي : والأقيس :
الصحة .

قوله : (وفي قول : تكفي مماتلته رطباً) لأن معظم منافعه في رطوبته ،
فكان كاللبن ، فعلى هذا : يباع وزناً إن لم يمكن كيله ؛ كالبطيخ والقثاء ،
وكذا إن أمكن ؛ كالنفاح والتين في الأصح .

(١) أي : للجهل الآن بالمماثلة وقت الجفاف . تحفة المحتاج (٤٢٦/٤) .

(٢) مسند أحمد (٢٢٠٧٥) .

(٣) مصنف بن أبي شيبة (٢١٠٨٥) ، وهو كذا عن ابن عمر رضي الله عنهما في دواوين السنة ،
وفي (أ) و (ب) : (عن عمر) ، ولعله سبق قلم .

وَلَا تَكْفِي مُمَاطِلَةُ الدَّقِيقِ وَالسَّوِيقِ وَالْخُبْزِ ، بَلْ تُعْتَبَرُ الْمُمَاطِلَةُ فِي
الْحُبُوبِ : حَبًّا ،

وَيَرُدُّ عَلَى الْمَصْنَفِ : الزيتون ، فإنه لا جفاف له ، ويباع بعضه ببعض ؛
كما نقله الإمام عن صاحب « التقريب »^(١) ، ووافقوه عليه ، قال الزركشي :
لا يرد ؛ لأنه جاف ، وتلك الرطوبة التي فيه إنما هي الزيت ، ولا مائة فيه ،
ولو كانت مائة .. لجف .

قوله : (ولا تكفي ممائلة الدقيق والسويق والخبز) أي : ونحو ذلك مما
يتخذ من الحب ؛ كالعجين والنَّشَا^(٢) ، فلا يباع شيء منه بمثله ، ولا بالآخر
من جنسه ، ولا بالحب الذي اتخذه منه ؛ لخروجها عن حالة الادخار ؛ للجهل
بالممائلة .

وفي قول : يجوز بيع الدقيق بالدقيق ، والخبز الرطب لا يباع بعضه ببعض
ولا باليابس ، فإن كان من جنسين .. جاز رطباً بشرط التقابض ، ويغفر
ما فيهما من ملح وماء على الصحيح .

قوله : (بل تعتبر الممائلة في الحبوب : حَبًّا) أي : لما ذكرناه ، لكن
لا بد من تنافي جفافه وتنقيته من التبن ، وألا يكون معروضاً على النار ،
ولا مقشوراً ، ولا مبلولاً ، فإن جفف بعد البلل .. لم يجز أيضاً ؛ لتفاوت
انكماشه^(٣) عند الجفاف .

وعلم من كلام المصنف : أنه لا يجوز بيع الحب بشيء مما يتخذ منه ؛

(١) نهاية المطلب (٧٣ / ٥) .

(٢) النَّشَا : ما يعمل من الحنطة ، فارسي معرب . المصباح المنير (ص : ٦٠٦) . واختلف
في كونه ممدوداً أو مقصوراً .

(٣) انكماش : تقبُّض واجتمع . المعجم الوسيط (ص : ٧٩٨) .

وَفِي حُبُوبِ الدُّهْنِ كَالسَّمْسِمِ : حَبًّا أَوْ دُهْنًا ، وَفِي الْعِنَبِ : زَبِيبًا أَوْ خَلًّا
عِنَبٍ ، وَكَذَا الْعَصِيرُ فِي الْأَصْحَحِ ، وَفِي اللَّبَنِ : لَبَنًا أَوْ سَمْنًا أَوْ مَخِضًا
صَافِيًا ،

كالدقيق والنَّشَا ، ولا بما فيه شيء مما يتخذ منه ؛ كالحلوى^(١) المعمولة
بالنَّشَا ، ويجوز بالنَّخَالَةِ ؛ لأنها ليست ربوية .

قوله : (وفي حبوب الدهن كالسمسم : حبًّا أو دهنًا) أي : له كَمَالَانِ ،
فبيع السَّمْسِمِ بالسَّمْسِمِ ، والشَّيْرَجِ بالشَّيْرَجِ ، والكُسْبِ^(٢) جنسان
يباع أحدهما بالآخر متفاضلاً ، وقيل : لا يجوز .

قوله : (وفي العنب : زبيبا أو خل عنب) لأن كلاً منهما على هيئة
الادخار .

قوله : (وكذا العصير في الأصح) لأنه متهيء لأكثر الانتفاعات ،
والثاني : لا ؛ لأنه ليس على حالة كمال المنفعة ، فيجوز بيع الزبيب بمثله ،
وخل العنب بمثله قطعاً ، وعصيره بعصيره متماثلاً على الأصح .

ومنع القاضي بيع عصيره بخله ، وجوزه ابن الصباغ ، وشبهه بالتمر الطيب
بالتمر الرديء ، وقضيته : أنهما جنس واحد ، لكن صحح الرافعي أنهما
جنسان^(٣) ، قاله الزركشي .

قوله : (وفي اللبن : لبنًا أو سمنًا أو مخيضاً صافياً) أي : يجوز بيع
الحليب بالحليب ، والرائب بالرائب ، والحليب بالرائب ، والمخيض

(١) وفي (أ) و(ب) : (كالحلوا) .

(٢) الشَّيْرَج : دهن السمسم . المصباح المنير (ص : ٣٠٨) . الكُسْب : عصارة الدهن .
مختار الصحاح (ص : ٣٨٨) .

(٣) الشرح الكبير (٩٧/٤) .

وَلَا تَكْفِي الْمُمَاثَلَةُ فِي سَائِرِ أَحْوَالِهِ ؛ كَالْجُبْنِ وَالْأَقِطِ .
وَلَا تَكْفِي مُمَّاثَلَةُ مَا أَثَرَتْ فِيهِ النَّارُ بِالطَّبَخِ أَوِ الْقَلْيِ أَوْ الشَّيِّ .
وَلَا يَضُرُّ تَأْثِيرُ تَمْيِيزٍ ؛ كَالْعَسَلِ وَالسَّمَنِ .

بالمخيض ، فلو كان المخيض بزبده . . لم يجوز بيعه بمثله ولا بزبد
ولا بسمن ، والصافي هو الخالص عن الماء ، فإن كان فيه ماء . . لم يجوز بيعه
لا بمخيض مثله ولا بغيره ، بل شوب اللبن بالماء . . يمنع بيعه مطلقاً ؛ للجهل
باللبن المقصود .

والسمن حالة كمالٍ يباع بعضه ببعض ، ولا يجوز بيع السمن بالزبد ، نص
عليه .

قوله : (ولا تكفي المماثلة في سائر أحواله) أي : باقي أحوال اللبن
(كالجبْن والأقْط) أي : وما في معناهما ؛ كالزبد والمَصْل^(١) ؛ لأن الجبن
تخالطه الإنْفَحَة ، والأقْط يخالطه الملح ، والمَصْل يخالطه الدقيق ، والزبد
يخالطه المخيض .

قوله : (ولا تكفي مماثلة ما أثرت فيه النار بالطبخ أو القلي أو الشي) أي :
حَبّاً كان أو لحمّاً أو غيرهما ؛ لأن تأثير النار لا غاية له ، فيؤدي إلى الجهل
بالمماثلة .

قوله : (ولا يضر تأثير تمييز ؛ كالعسل والسمن) أما السمن . . فبلا
خلاف ، وأما العسل . . فعلى الأصح ؛ لأن النار فيه لتمييزه عن الشمع ، فلو
عقدته . . امتنع بيع بعضه ببعض ، ولو بيع شيء منهما قبل التمييز بمثله أو
بالصافي . . لم يصح .

(١) المَصْل : ما سال من الأقط إذا طبخ وعصر . حاشية الكردي من هامش تحفة المحتاج
(٤٣٠ / ٤) .

وَإِذَا جَمَعَتِ الصَّفَقَةُ رِبَوِيًّا مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَاخْتَلَفَ الْجِنْسُ مِنْهُمَا ؛ كَمُدٍّ
عَجْوَةٍ وَدِرْهَمٍ بِمُدٍّ وَدِرْهَمٍ ، وَكَمُدٍّ وَدِرْهَمٍ بِمُدَيْنٍ أَوْ دِرْهَمَيْنِ ، أَوْ النَّوْعُ ؛
كَصِحَاحٍ وَمُكْسَرَةٍ بِهِمَا أَوْ بِأَحَدِهِمَا . . فَبَاطِلَةٌ .

وفهم من كلامه : أن نار الطبخ تؤثر وإن كانت ضعيفة ؛ كالفانيد ،
واللبأ^(١) ، وصححه في « أصل الروضة »^(٢) .

قوله : (وإذا جمعت الصفقة ربوياً من الجانبين ، واختلف الجنس منهما ؛
كمد عجوة ودرهم بمد ودرهم ، وكمد ودرهم بمدين أو درهمين ، أو النوع ؛
كصحاح ومكسرة بهما أو بأحدهما . . فباطلة) هذه المسألة هي القاعدة
المعروفة بقاعدة : مد عجوة ، وهي أن يشتمل العقد على جنس ربوي من
الجانبين ، ويختلف العوضان أو أحدهما جنساً أو نوعاً أو صفة .

فاختلاف الجنس فيهما ؛ كمد عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم ، واختلافه
في أحدهما ؛ كمد عجوة ودرهم بمد عجوة أو درهمين .

واختلاف النوع فيهما ؛ كمد عجوة ومد صِيْحَانِيٍّ بمثلهما ، واختلافه في
أحدهما ؛ كمد عجوة ومد صِيْحَانِيٍّ بمد عجوة أو مد صِيْحَانِيٍّ^(٣) .

واختلاف الصفة فيهما ؛ كمئة دينار جيدة ومئة رديئة بمثلهما ، واختلافه في
أحدهما ؛ كمئة دينار جيدة ومئة رديئة بمئتي دينار جيدة أو رديئة أو وسط .

ولا فرق في الجنس المضموم إلى الربوي بين أن يكون ربوياً أم لا ، حتى لو

(١) الفانيد : نوع من الحلوى يعمل من القند والنشا . المصباح المنير (ص : ٤٨١) ، وفي
« مغني المحتاج » (٣٧٤ / ٢) : (الفانيد وهو : عسل القصب) .

(٢) روضة الطالبين (٥٨ / ٣) .

(٣) الصِيْحَانِي : ضرب من التمر أسود ، صُلْب المَمْضَغَة ، شديد الحلاوة . تهذيب اللغة
(١٦٧ / ٥) .

.....

باع مثلاً ؛ درهماً وثوباً بدرهمين ، أو بدرهم وثوب . . امتنع .

والبيع باطل في جميع هذه الصور ؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بقلادة فيها خرز معلقة بذهب ابتاعها رجل بدنانير ، فقال صلى الله عليه وسلم : « لَا حَتَّى تُمَيِّزَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا » . رواه مسلم^(١) .

ولأنه إذا باع مدّاً ودرهماً بمدين . . فالمد المضموم إلى الدرهم إن كانت قيمته أكثر ؛ مثل إن كان يساوي^(٢) درهمين ، فيكون المد ثلثي ما في هذا الطرف ، فيقابله ثلثا المدين من الطرف الآخر ، فيصير كأنه قابل مدّاً بمد وثلت .

وإن كانت أنقص ؛ مثل إن كان يساوي نصف درهم فهو ثلث ما في هذا الطرف فيقابله ثلث المدين من الطرف الآخر ، فيصير كأنه قابل مدّاً بثلثي مد ، فالمفاضلة ظاهرة .

وإن كان مساوياً . . فالمماثلة بالتقويم ، والتقويم^(٣) قد يكون صواباً وقد يكون خطأ ، والمعتبر في الربا : المماثلة الحقيقية .

فإذا تعدد العقد بتفصيل الثمن فقال : المد في مقابلة المد ، والدرهم في مقابلة الدرهم . . صح بالاتفاق .

وأطلق المصنف الربوي^(٤) ، ولا بد من تقييده بكونه جنساً واحداً ،

(١) صحيح مسلم (١٥٩١) عن فضالة بن عبيد رضي الله عنه ، ولفظه : « لَا تَبَاعُ حَتَّى تُفَصَّلَ » . ولفظ : « حَتَّى تُمَيِّزَ بَيْنَهُمَا » . أخرجه أبو داود (٣٣٥١) .

(٢) وفي (أ) : (مثل أن يساوي) .

(٣) لفظ : (والتقويم) ليس في (أ) ، وزيد في هامش (ب) وعليه حرف (ظ) ، كأنه إشارة إلى نسخة أخرى .

(٤) أي : في قوله : (وإذا جمعت الصفة ربوياً) .

وإِلَّا يَرِدُ عَلَيْهِ : ما إذا باع ذهباً وفضة بحنطة فقط ، أو بشعير فقط ، أو بهما ، أو ما أشبه ذلك . . فإنه يجوز ، وقد صرح به في « المحرر »^(١) .

وقوله : (واختلف الجنس) أي : جنس المبيع .

وقوله : (منهما) أي : من الجانبين ، وليس بشرط لا في الجنس ولا في النوع ، بل الشرط : أن يكون منهما ، أو من أحدهما ؛ كما مثل به في المُدَّين والدرهمين .

وقوله : (أو النوع) تقديره : أو اختلف النوع ، ويدخل فيه اختلاف النوع حقيقة ؛ كالمَعْقِلِي والْبَرْنِي^(٢) ، واختلاف الوصف ؛ كالصحيح والمكسرة ، ويشترط أن تكون قيمة المكسرة دون قيمة الصحيح ؛ كما جزم به الرافعي^(٣) ، فإن كانا سواء . . لم يضر .

وكالجيد والرديء ، ويشترط فيهما أن يكونا متميِّزَيْن ، فلو اختلطا ، فباع صاعاً منه بمثله ، أو بجيد أو رديء . . جاز .

وقوله : (فباطلة) مقتضاه : البطلان في جميع المعقود عليه ، وهو ما صرح به الأصحاب إلا المتولي ، فإنه قال : لا يصح في المد الذي مع الدرهم ، وما يقابله من المدَّين ، وفي الدرهم وما يقابله من المدَّين قولاً تفريق الصفقة ، فالعقد في القدر الذي قابل الجنس باطل ، وفي الباقي قولان ، ووافقه الروياني^(٤) .

(١) المحرر (٤٦٥ / ١) .

(٢) المَعْقِلِي : نوع من التمر ينسب إلى معقل بن يسار المزني بالبصر . المصباح المنير (ص : ٤٢٣) بتصرف . الْبَرْنِي : نوع من أجود التمر . المصباح المنير (ص : ٤٥) .

(٣) الشرح الكبير (٨٦ / ٤) .

(٤) بحر المذهب (١٠٦ / ٥) .

وَيَحْرُمُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ مِنْ جِنْسِهِ ، وَكَذَا بِغَيْرِ جِنْسِهِ مِنْ مَأْكُولٍ وَغَيْرِهِ فِي الْأَظْهَرِ .

قوله : (ويحرم بيع اللحم بالحيوان من جنسه) لما روى الحاكم في « المستدرک » عن الحسن عن سمرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع الشاة باللحم .

وقال : رواه^(١) عن آخرهم أئمة حفاظ ثقات ، وقال البيهقي : إسناده صحيح^(٢) .

قوله : (وكذا بغير جنسه من مأكول وغيره في الأظهر) أما في المأكول . . فلعوم الحديث ، وأما في غير المأكول ؛ كالعبد والحصار . . فلما روى أبو داود في « مراسيله » عن سعيد بن المسيب : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان^(٣) .

ودليل الجواز في المأكول : القياس على بيع اللحم باللحم ، وأما الجواز في غير المأكول . . فيرجح بأن الشافعي لا يقول بالمرسل إلا إذا اعتضد ، وهو إنما اعتضد بمنع أبي بكر رضي الله عنه في المأكول^(٤) ، فالقول به في غير المأكول لا وجه له ، وجوابه بالتمسك بحديث سمرة ، وبالاكتفاء بقول أكثر العلماء في أصل المسألة .

تنبيه : ما ذكره مثال ، والضابط : بيع الربوي بأصله المشتمل عليه ،

(١) وفي (أ) : (ورواه) .

(٢) المستدرک (٣٥ / ٢) ، سنن البيهقي الكبير (١٠٦٦ / ٥) .

(٣) مراسيل أبي داود (١٧٨) ، وأخرجه الحاكم (٣٥ / ٢) ، ومالك (١٤٠٤) ، والدارقطني (ص : ٦٥٥) ، والبيهقي في « الكبير » (١٠٦٦٩) .

(٤) أخرجه البيهقي في « الكبير » (١٠٦٦٩) ، و« معرفة السنن والآثار » (٣٣٨٠) عن ابن عباس عن أبي بكر رضي الله عنهم .

.....

فیدخل بیع البیض بحیوان فیہ بیض ، واللبن بشاة فی ضرعها لبن ، وبیع تراب المعدن وفیه تراب وذهب باطل ، سواء باعه بربوي أو غیره .

ولو عَبَّرَ بالبطلان . . کان أحسن من التحريم ؛ لاستلزام البطلان للتحريم دون العکس .

* * *

بَابُ

نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ :

عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ ، وَهُوَ : ضِرَابُهُ ، وَيُقَالُ : مَاؤُهُ ، وَيُقَالُ : أَجْرُهُ
ضِرَابِهِ ، فَيَحْرُمُ ثَمَنُ مَائِهِ ،

(باب)

[في البيوع المنهي عنها وما يتبعها]

أي : في العقود المنهي عنها ، وهو قسمان : فاسد ؛ لاختلال ركن أو شرط وهو المصدّر به ، والثاني : ما في الفصل^(١) .

قوله : (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عسب الفحل) رواه البخاري في (الإجارة) عن ابن عمر بهذا اللفظ^(٢) .

وهو : بفتح العين وسكون السين المهملتين .

قوله : (وهو : ضرابه) بكسر الضاد ؛ أي : طروق الفحل للأثنى (ويقال : ماؤه) والتقدير فيهما : بدل عسب الفحل ، وفي رواية الشافعي : نهى عن ثمن عسب الفحل^(٣) .

قوله : (ويقال : أجرة ضرابه ، فيحرم ثمن مائه) أي : ويبطل ؛ لأنه غير

(١) أي : في الفصل الآتي في قول المصنف (فصل : ومن المنهي عنه : ما لا يبطل ...) إلخ .

(٢) صحيح البخاري (٢٢٨٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما ، وأخرجه مسلم (٣٥ / ١٥٦٥) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٣) أخرجه المزني في « السنن المأثورة » (٤٣٢) ، والبيهقي في « معرفة السنن والآثار » (٣٥٥٥) عن أنس بن مالك رضي الله عنه .

وَكَذَا أُجْرَتُهُ فِي الْأَصَحِّ .

وَعَنْ حَبْلِ الْحَبْلَةِ ، وَهُوَ : نِتَاجُ النَّتَاجِ ؛

متقوم ، ولا معلوم ، ولا مقدور التسليم (وكذا أجرته في الأصح) لما سبق^(١) ، حكى الخلاف في « المحرر » قولين^(٢) ، والصواب : ما في الكتاب .

ووجه الجواز : القياس على الاستئجار لتلقيح النخل .

وإعارة الفحل للضراب محبوبة ، ويجوز أن يعطي صاحبُ الأنثى صاحبَ الفحل شيئاً على سبيل الهدية .

قوله : (وعن حبل الحبله) روى الشيخان عن ابن عمر : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبله^(٣) .

الحبل بالباء مختص بالآدميات ، وإنما يقال لغيرهن : الحمل ، إلا ما جاء في هذا الحديث ، والحبل مصدر أريد به هنا : اسم المفعول وهو المحبول به ، كما أطلق الحمل^(٤) .

والحبله : قيل : جمع حابل ، وقيل : مفرد ، والهاء للتأنيث ؛ إشعاراً بأنها أنثى .

قوله : (وهو : نتاج النتاج) هذا تفسير (حبل الحبله) لفظاً ، وقال أبو عبيد : إنه ولد الجنين الذي في بطن الناقة^(٥) ، وجعله الجوهري لهما^(٦) .

(١) لأنه غير مقدور عليه للمالك ، بل يتعلق باختيار الفحل . النجم الوهاج (٧٧ / ٤) .

(٢) المحرر (٤٦٧ / ١) .

(٣) صحيح البخاري (٢١٤٣) ، صحيح مسلم (٥ / ١٥١٤) .

(٤) أي : وأريد به المحمول .

(٥) غريب الحديث (٢٠٨ / ١) .

(٦) الصحاح (ص : ٢٠٨) ، وعبارته : (وحبل الحبله : نتاج النتاج ، وولد الجنين) .

بأن يبيع نتاج التّاج ، أو بثمنٍ إلى نتاج التّاج .
وعن الملاقيح ، وهي : ما في البطون .
والمضامين ، وهي : ما في أصلاب الفحول .

قوله : (بأن يبيع نتاج التّاج) أي : قبل وجوده ؛ لأنه بيع معدوم (أو
بثمن) أي : وأن يبيع السلعة بثمن (إلى نتاج التّاج) لأنه أجل مجهول ، وكل
من البيعين باطل بالإجماع ، لكن تفسير الحديث مختلف فيه : فالأول : تفسير
أهل اللغة ، والثاني : تفسير ابن عمر^(١) ، وأخذ به الشافعي ومالك^(٢) .

قوله : (وعن الملاقيح ، وهي : ما في البطون) أي : من الأجنة
(والمضامين ، وهي : ما في أصلاب الفحول) أي : من الماء ، كانت العرب
تبيع ما في بطن الناقة ، وما تحمله من ضراب الفحل في عام أو أعوام ، وهما
باطلان بالإجماع ؛ لانتفاء الشروط فيه ، وروي النهي عنه رسلاً ومسنداً^(٣) .

والملاقيح : قال في « الفائق » : جمع ملقوح ، وأصله : ملقوح به ، إلا
أنهم استعملوه بحذف الجار^(٤) ، وقال الراغب : الملاقيح : النوق التي في
بطونها أولادها ، ويقال ذلك أيضاً للأولاد^(٥) .

والمضامين : جمع مضمون ؛ لأن الله تعالى أودعها ظهورها ، فكأنه
ضمنها ، حكاه الزركشي .

(١) قال ابن عمر رضي الله عنهما : كان بيعاً يتبايعه أهل الجاهلية : كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن
تُتَج الناقة ؛ ثم تُتَج التي في بطنها . أخرجه البخاري (٢١٤٣) ، ومسلم (٥ / ١٥١٢) .

(٢) الأم (٢٤٤ / ٤) ، الموطأ (١٤٠٢) .

(٣) أخرجه مالك في « الموطأ » (١٤٠٣) عن سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى ، وأسند البزار
عن أبي هريرة رضي الله عنه في « مسنده » (٧٧٨٥) .

(٤) الفائق في غريب الحديث (٣٢٤ / ٣) .

(٥) مفردات ألفاظ القرآن (ص : ٧٤٤) .

وَالْمَلَامَسَةِ ؛ بِأَنْ يَلْمَسَ ثَوْباً مَطْوِياً ثُمَّ يَشْتَرِيهِ عَلَى أَنْ لَا خِيَارَ لَهُ إِذَا رَأَاهُ ،
أَوْ يَقُولَ : (إِذَا لَمَسْتَهُ . . فَقَدْ بَعْتَكُهُ) .

وَالْمُنَابَذَةِ ؛ بِأَنْ يَجْعَلَ النَّبْذَ بَيْعاً .

قوله : (والملامسة) في « الصحيحين » : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين : المنابذة والملامسة^(١) .

قوله : (بأن يلمس ثوباً مطوياً ، ثم يشتريه على أن لا خيار له إذا رآه) أي :
يقول صاحبه : بعتك كذا بشرط أن يقوم لَمَسُكَ مقام نظرك ، ولا خيار لك إذا
رأيت ، وبهذا فسرهُ الشافعي^(٢) والجمهور .

ويلمس : بضم الميم وكسرهما ، قاله المصنف في « تهذيبه »^(٣) .

قوله : (أو يقول : إذا لمسته . . فقد بعتك) لأنه إن جعل اللمس شرطاً . .
فالبطلان ظاهر ؛ للتعليق ، وإن جعل نفس اللمس بيعاً . . فبطلانه ؛ لفقدان
الصيغة ، وقال في « التتمة » : له حكم المعاطة ، قال المصنف : المذهب :
الجزم ببطلانه^(٤) .

قوله : (والمنابذة : بأن يجعل النبد بيعاً) أي : يجعل الإلقاء قائماً مقام
الصيغة ، فيقول أحدهما للآخر : أَنَبِدْ إِلَيَّ ثَوْبِي بِعَشْرَةِ ، أو يقول : أَنَبِدْ إِلَيَّ
ثَوْبِي ، وَتَنَبِدْ إِلَيَّ ثَوْبِكَ عَلَى أَنْ كُلُّ وَاحِدٍ بِالْآخِرِ ، وقيل : أن يقول : بعتك
على أنني إذا نبذته إليك . . لزم البيع ، وقيل : المراد : نبذ الحصة ، وعلى
التأويلات هو باطل .

(١) صحيح البخاري (٢١٤٦) ، صحيح مسلم (١٥١١) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) مختصر المزني (ص : ١٢٨) .

(٣) تهذيب الأسماء واللغات (٤٢٩ / ٢) .

(٤) روضة الطالبين (٦٣ / ٣) .

وَبَيْعِ الْحَصَاةِ ؛ بِأَنْ يَقُولَ : (بَعْتُكَ مِنْ هَذِهِ الْأَثْوَابِ مَا تَقَعُ هَذِهِ الْحَصَاةُ عَلَيْهِ) ، أَوْ يَجْعَلَ الرَّمِيَّ بَيْعاً ، أَوْ (بَعْتُكَ وَلَكَ الْخِيَارُ إِلَى رَمِيِّهَا) .
وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ؛ بِأَنْ يَقُولَ : (بَعْتُكَ بِأَلْفٍ نَقْدًا ، أَوْ بِأَلْفَيْنِ إِلَى سَنَةٍ) ، أَوْ (بَعْتُكَ ذَا الْعَبْدِ بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ تَبِيعَنِي دَارَكَ بِكَذَا) .
وَعَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ ؛

قوله : (وبيع الحصاة) روى مسلم عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة^(١) .

قوله : (بأن يقول : بعثك من هذه الأثواب ما تقع هذه الحصاة عليه ، أو يجعل الرمي بيعاً ، أو : بعثك ولك الخيار إلى رميها) أما الأول . . فبطلانه ؛ للجهل بالمبيع ، وأما الثاني . . فصورته : أن يقول : إذا رميت بهذه الحصاة . . فهذا الثوب مبيع منك بعشرة ، وبطلانه ؛ لفقدان الصيغة ، وأما الثالث . . فبطلانه ؛ للجهل بالخيار ، ولا فرق فيه بين أن يقول : ولك الخيار ، أو يضيفه إلى نفسه ، ولا بين انقطاعه برمي أو برمي صاحبه .

قوله : (وعن بيعتين في بيعة) رواه الترمذي وصححه^(٢) (بأن يقول : بعثك بألف نقداً أو بألفين إلى سنة) أي : فخذ بأيهما شئت ، وهو باطل ؛ للجهالة (أو : بعثك ذا العبد بألف على أن تبيعني دارك بكذا) وهو باطل ؛ لما فيه من الشرط .

قوله : (وعن بيع وشرط) أخرجه الحافظ عبد الحق في « الأحكام » بهذا اللفظ^(٣) ، وروى أبو داود : « لَا يَحِلُّ سَلَفٌ ، وَلَا بَيْعٌ ، وَلَا شَرْطَانِ فِي

(١) صحيح مسلم (١٥١٣) .

(٢) سنن الترمذي (١٢٧٥) ، وأخرجه النسائي (٤٦٣٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) ليس هو في المطبوع من « الأحكام الكبرى » لأنه ناقص .

كَبَيْعٍ بِشَرْطٍ بَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ ، وَلَوْ اشْتَرَى زَرْعاً بِشَرْطٍ أَنْ يَخْصُدَهُ الْبَائِعُ ، أَوْ ثَوْباً وَيَخِيْطُهُ .. فَالْأَصَحُّ : بَطْلَانُهُ ،

بَيْعٍ » . وكذا رواه الترمذي وصححه^(١) .

قوله : (كبيع بشرط بيع أو قرض) أي : أو غيرهما ؛ كالإجارة والنكاح ، فيبطل البيع الأول ، فإذا أتيا بالثاني ؛ فإن كانا يعلمان بطلان الأول .. صح ، وإلا .. قال البغوي : يبطل^(٢) ، وقال الإمام وشيخه : يصح ، وهو القياس^(٣) .

قوله : (ولو اشترى زرعاً بشرط أن يحصده البائع ، أو ثوباً ويخيطه .. فالأصح : بطلانه) لأنه ينافي مقتضى العقد ، فإن ذلك على المشتري ، والثاني : يبطل الشرط ، وفي البيع قولاً تفريق الصفقة ، والثالث : أن فيه قولي الجمع بين بيع وإجارة .

وقوله : (الأصح) أي : أصح الطرق : القطع بالبطلان ، وكان الأولى تعبيره بـ : المذهب .

ولا فرق بين أن يصرح بالشرط ، أو يأتي به على صيغة الإخبار ، فسواء قال : بعتكه بألف على أن تحصده ، أو : وتحصده ، ونبه عليه المصنف بالتمثيل^(٤) .

ولو عين لكل واحد عوضاً ؛ كـ : اشتريت هذا بعشرة على أن تحصده بدرهم .. بطل أيضاً ، ولو قال : اشتريته بعشرة ، واستأجرتك لحصده

(١) سنن أبي داود (٣٥٠٤) ، سنن الترمذي (١٢٧٨) عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما .

(٢) التهذيب (٥٣٧/٣) .

(٣) نهاية المطلب (٢٨٧/٦) .

(٤) فإن قوله : (وتخيطه) إخبارٌ صورةً واشتراطٌ في المعنى ؛ كما هو ظاهر . حاشية الكردي من هامش تحفة المحتاج (٤٤٩/٤) .

كتاب البيع / باب في البيوع المنهي عنها وما يتبعها
وَتُسْتَنْتَى صُورٌ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ ، أَوْ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْعَيْبِ ، أَوْ بِشَرْطِ قَطْعِ
الثَّمَرِ وَالْأَجَلِ وَالرَّهْنِ وَالْكَفِيلِ الْمُعَيَّنَاتِ لِثَمَنِ فِي الذِّمَّةِ

بدرهم . . صح الشراء ، ولم تصح الإجارة ؛ لأنه استأجر على العمل فيما لم يملكه .

قوله : (وتستننى صور) أي : من المنهي عن بيع وشرط واقتضائه الفساد (كالبيع بشرط الخيار ، أو البراءة من العيب ، أو بشرط قطع الثمر) كما سيأتي^(١) .

قوله : (والأجل) أي : وبشرط الأجل ؛ لقوله تعالى : ﴿ إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى ﴾ [البقرة : ٢٨٢] .

(والرهن والكفيل) للحاجة إليهما (المعينات) احتراز من المجهول ، فلا بد من علم الأجل ، فلا يصح التوقيت باليسار والحصاد ونحوهما ، وشرط الروياني فيه : احتمال بقاءه إلى المدة المضروبة^(٢) .

ويعتبر في المرهون المشاهدة ، أو الصفة بصفات السلم ، ولا يصح شرط رهن المبيع ؛ لأنه لم يدخل في ملكه إلا بعده ، ولو رهنه بالثمن بعد القبض من غير شرط . . صح .

ويعتبر في الكفيل المشاهدة ، أو المعرفة بالاسم والنسب ، ولا تكفي الصفة ؛ بأن يقول : رجل موسر ثقة .

قوله : (لثمن في الذمة) يعني : أن اشتراط الأجل وما بعده إنما يصح في الثمن إذا كان في الذمة ؛ لأن الأعيان لا تؤجل ، ولا يرهن بها ، فلو ذكر

(١) أي : في (باب الأصول والثمار) عند قول المتن : (فإن شرط القطع . . لزمه) ، وفي (ب) : (لما سيأتي) .

(٢) بحر المذهب (٤٥٧/٤) .

وَالْإِشْهَادِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الشُّهُودِ فِي الْأَصَحِّ ،

الأجل في المبيع أو الثمن المعين ؛ مثل أن يقول : اشتريت بهذه الدنانير على أن أسلمها في وقت كذا . . فهو فاسد ؛ لأن الأجل رُفِقَ للتحصيل ، والمعين حاصل^(١) .

ويجوز أن يشترط المشتري كفيلاً بالعهد^(٢) .

وقد يكون المبيع في الذمة ؛ كما إذا قال : اشتريت منك صاعاً في ذمتك بصفة كذا ، فيصح اشتراط الأجل والرهن والكفيل .

فلو قال : (لعوض في الذمة) . . كان أشمل .

فرع : باع من رجلين سلعة بألف ، وشرط أن يتضامنا . . ففي (كتاب الضمان) من « تعليقة القاضي حسين » و« الوسيط » وغيرهما : أنه لا يصح البيع ؛ لأنه شرط على المشتري أن يكون ضامناً^(٣) .

قوله : (والإشهاد) بالكسر عطفاً على أمثلة المستثنى ؛ للحاجة إليه (ولا يشترط تعيين الشهود في الأصح) لأن المقصود العدالة ، وادعى الإمام القطع بأنه لا يشترط ، ورَدَّ الخلاف إلى أنه لو عينهم هل يتعينون أم لا^(٤) ؟

(١) قوله : (لأن الأجل رفق للتحصيل . .) إلخ كذا في (أ) و (ب) . وعبرة « النجم الوهاج » (٨٣ / ٤) : (لأن الأجل شرع رفقاً للتحصيل . .) إلخ .

(٢) عبارة « الشرح الكبير » (١٠٨ / ٤) : (يجوز أن يشترط المشتري على البائع كفيلاً بالعهد) . والعهد والدَّرك بمعنى واحد . قال الباجوري في « حاشيته علي ابن قاسم » (٣١٧ / ٢) : (الدَّرك : اسم مصدر بمعنى الإدراك ، وفَسره بعضهم بالعهد والتبعة ، فكانه يضمن له عهد الثمن والمبيع ، والتبعة به ؛ أي : المطالبة به) .

(٣) الوسيط (١٦٨ / ٢) .

(٤) نهاية المطلب (٢٢٧ / ٦) .

فَإِنْ لَمْ يَرْهَنْ أَوْ لَمْ يَتَكَفَّلِ الْمُعَيَّنُ . . فَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ .

وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا بِشَرَطِ إِعْتَاقِهِ . . فَالْمَشْهُورُ : صِحَّةُ الْبَيْعِ وَالشَّرْطِ ،

قوله : (فَإِنْ لَمْ يَرْهَنْ ، أَوْ لَمْ يَتَكَفَّلِ الْمُعَيَّنُ . . فَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ) لفوات ما شرطه ، ولا إجبار ؛ لأن الضرر يزول بالفسخ ، ولا يقوم رهن وكفيل آخر مقام المعين ، ولو عين شاهدين فامتنعا . . ثبت الخيار إن قلنا : لا بد من التعيين ، وإلا . . فلا ، وإن لم يُشهد . . فله الخيار .

ولو هلك الرهن المشروط قبل القبض ، أو تعيب ، أو وجد به بعد قبضه عيباً قديماً . . فله الخيار ، ولو هلك بعد القبض ، أو تعيب ، ثم اطلع على عيب قديم . . فلا أرش له ، وكذا لا فسخ على الأصح .

قوله : (وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا بِشَرَطِ إِعْتَاقِهِ . . فَالْمَشْهُورُ : صِحَّةُ الْبَيْعِ وَالشَّرْطِ) لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث بَريرة : « اشْتَرَيْهَا وَأَعْتَقِيهَا » ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »^(١) .

وجه الاستدلال : أن ذلك اشتراط للعتق والولاء ، ولم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم إلا شرط الولاء .

والثاني : يصح البيع ويبطل الشرط ، وربما طرد في سائر الشروط الفاسدة .

والثالث مُخَرَّج : يبطل البيع والشرط ؛ كما لو شرط بيعه أو هبته .

وإذا صححنا الشرط . . فمحله إذا أطلق ، أو قال : بشرط أن تعتقه عن نفسك ، فإن قال : بشرط أن تعتقه عني . . فالعقد لاغ .

(١) أخرجه البخاري (٢٧٢٩) ، ومسلم (٦/١٥٠٤) عن عائشة رضي الله عنها ، وهما في حديث واحد ، وصنيع الشارح يوم أنهما حديثان .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّ لِلْبَائِعِ مُطَالَبَةَ الْمُشْتَرِي بِالْإِعْتَاقِ ، وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ مَعَ الْعِتْقِ الْوَلَاءَ لَهُ ، أَوْ شَرَطَ تَذْيِيرَهُ أَوْ كِتَابَتَهُ أَوْ إِعْتَاقَهُ بَعْدَ شَهْرٍ . لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ .

ولو باعه بشرط أن يبيعه بشرط الإعتاق ، أو بشرط أن يعلق عتقه بصفة . . لم يصح في الأصح ، خلافاً لما يفهمه كلامه .

ولو باعه ممن يعتق عليه بشرط العتق . . لم يصح ؛ لعجزه عن إعتاقه بعتقه عليه ، قاله القاضي حسين ، وقال المصنف : يحتمل الصحة ، ويكون شرطه مؤكداً^(١) .

ويجوز للمشتري قبل العتق الوطء والاستخدام ، وله أكسابه ، وقيمته إن قتل ، ولا يكلف صرفها إلى عتق غيره ، وليس له البيع ، وفي الإجارة احتمالان للدارمي ، أصحهما في « شرح المذهب » : البطلان^(٢) .

قوله : (والأصح : أن للبائع مطالبة المشتري بالإعتاق) العتق المشروط حق لله تعالى على الأصح ؛ كالملتزم بالنذر ، وقيل : للبائع ، فعلى هذا : له المطالبة به قطعاً ، وعلى الأول : له المطالبة أيضاً على الأصح .

وإذا أعتقه المشتري . . فولأؤه له ؛ لصدوره في ملكه ، وإن امتنع من العتق ؛ فإن قلنا : الحق لله تعالى . . أجبر ، فيعتقه القاضي على قول ، ويحبسه حتى يعتق على قول ، وإن قلنا : للبائع . . لم يجبر ، بل يخير البائع في فسخ البيع .

قوله : (وأنه لو شرط مع العتق الولاء له ، أو شرط تذييره أو كتابته أو إعتاقه بعد شهر . . لم يصح البيع) أما الولاء . . فلأن شرطه يقتضي نقل الملك

(١) المجموع (٣٤٨/٩) .

(٢) المجموع (٣٤٧/٩) .

إلى البائع وارتفاع العقد ، وفي قول : يصح البيع ويفسد الشرط ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ .. فَهُوَ بَاطِلٌ »^(١) . وقوله عليه الصلاة والسلام : « اشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ »^(٢) .

تأوله الأكثرون : أي : بَيَّنِّي لَهُمُ حَكْمَ الْوَلَاءِ ، وقيل : اللام بمعنى (على)^(٣) ، وقيل : على بابها والأمر للتهديد ، ثم أنكره عقوبة لهم .

وقول المصنف : (مع العتق) احتراز : عما إذا أفردَ شرط الولاء ؛ بأن قال : إن أعتقته . . فولأؤه لي ، قال في « التتمة » : هذا لا يصح بلا خلاف ، وأشار في (الخلع) إلى خلاف فيه .

وأما التدبير والكتابة والعتق بعد شهر . . فلأن العتق ليس بناجز ، وأفتى البغوي بالصحة في شرطه بعد شهر^(٤) ، واختاره ابن أبي عصرون ، وفي « المطلب » : أن ظاهر النص يقتضيه .

واشتراط الوقف كاشتراط التدبير ونحوه ، وهو وإن كان لله . . ففيه حجر ، ووجه الصحة : حصول المقصود .

وعطف المصنف الخلاف على (الأصح) صحيح في شرط التدبير وما بعده ، أما اشتراط الولاء . . فعبر عنه في « الروضة » بالمذهب^(٥) ، وفي

(١) هذا لفظ ابن ماجه (٢٥٢١) ، وأخرجه البخاري (٢١٥٥) ، ومسلم (١٥٠٤) عن عائشة رضي الله عنها .

(٢) أخرجه البخاري (٢٧٢٩) ، ومسلم (١٥٠٤) عن عائشة رضي الله عنها .

(٣) قائل هذا القيل الشافعي والمزني رضي الله عنهما ، راجع « مختصر المزني » (ص : ٤٣٩) ، و« السنن الكبير » (٢١٧٦٦) .

(٤) فتاوى البغوي (ص : ١٦٢-١٦٣) .

(٥) روضة الطالبين (٧١/٣) .

وَلَوْ شَرَطَ مُقْتَضَى الْعَقْدِ ؛ كَالْقَبْضِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، أَوْ مَا لَا غَرَضَ فِيهِ ؛
كَشَرَطِ أَلَّا يَأْكُلَ إِلَّا كَذَاً . . . صَحَّ ،

« شرح المذهب » التعبير في الثاني بطريقتين ؛ أحدهما : القطع بالبطلان^(١) .

قوله : (ولو شرط مقتضى العقد ؛ كالتقبض والرد بالعيب ، أو ما لا غرض فيه ؛ كشرط ألا يأكل إلا كذا . . صح) أي : العقد ، أما شرط ما يقتضيه العقد . . ففي كلام القاضي أبي الطيب والمحامي ما يقتضي : أنه صحيح مؤكد للعقد ، وأما شرط ما لا غرض فيه ؛ كألا يأكل إلا الهريسة . . فهو لاغ لا أثر له ؛ كما نقله الرافعي عن الإمام والغزالي ، ونقل عن صاحب « التتمة » : أن اشتراط صلاة النافلة وغيرها مما ليس بلامم بطل للعقد ، قال : وهذا يقتضي : البطلان في مسألة الهريسة^(٢) .

قال الزركشي : وليس كما قال ؛ لأن ذلك يؤدي الوفاء به إلى ضعف العبد عن الخدمة ، فأشبه ما لو شرط عليه الصوم ، وقد قيل : إن الشافعي نص في « الأم » على البطلان ، فقال : (أو على أن ينفق عليه كذا وكذا . . فالبيع فاسد)^(٣) ، وليس نظير مسألتنا ؛ فإنه عين الواجب المخير فيه ، وقصد ترفيحه فلم يؤثر .

قلت : وكلام ابن العماد موافق له ، لكن الشافعي عقب بقوله : (هذا كله غير تمام ملك ولا يجوز الشرط في هذا إلا في العتق اتباعاً للسنة)^(٤) ، ففهم البطلان منه أقرب .

(١) المجموع (٣٤٨ / ٩) .

(٢) الشرح الكبير (١١٥ / ٤) ، الوسيط (٩١ / ٢) .

(٣) الأم (٢٢٩ / ٨) .

(٤) الأم (٢٢٩ / ٨) .

وَلَوْ شَرَطَ وَصْفًا يُقْصَدُ ؛ كَكَوْنِ الْعَبْدِ كَاتِبًا أَوْ الدَّابَّةِ حَامِلًا أَوْ لَبُونًا . . صَحَّ ،
وَلَهُ الْخِيَارُ إِنْ أَخْلَفَ ،

قوله : (ولو شرط وصفاً يقصد ؛ ككون العبد كاتباً ، أو الدابة حاملاً أو لبوناً . . صح) لأن هذا الشرط لا يقتضي إنشاء أمر مستقبل ، فلا يدخل في النهي عن بيع وشرط ، وإنما هو التزام أمر موجود عند العقد ، سميناه شرطاً ، وذلك الأمر إن كان وصفاً . . صح بلا خلاف ، وإن كان عيناً ؛ كالحمل في الدابة . . صح على الأظهر ؛ لأن المقصود الوصف به ، لا إدخاله في العقد .
وفي اشتراط كون الجارية حاملاً والدابة لبوناً طريقان ؛ أحدهما : على القولين .

ولو قال : (أو المبيع حاملاً) . . شمل الدابة والجارية .

واحترز بقوله : (يقصد) : عما إذا شرط الأوصاف التي لا تقصد ؛ كالزنا والسرقة وغيرهما من العيوب ، فإنه لا خيار بفواتها ، وكذا لو شرط أنها ثيب فخرجت بكرة على الأصح .

قوله : (وله الخيار إن أخلف) لأن الثمن يختلف فيه ، فيثبت بفقده ؛ كالعيب ، قال الرافعي في (خيار النقص) : لا يشترط النهاية في الوصف المشروط ، بل إذا وجد ما ينطلق عليه الاسم منه . . كفى^(١) .
أما إذا وجد خيراً من الصفة المشروطة ؛ فإن كان أكمل من كل وجه . . فلا خيار .

والأصح : ثبوت الخيار فيما إذا شرط الخصاء فبان فحلاً ، أو الكفر فبان مسلماً .

(١) الشرح الكبير (٢٠٦/٤) .

وَفِي قَوْلٍ يَبْطُلُ الْعَقْدُ فِي الدَّابَّةِ .

وَلَوْ قَالَ : (بَعْتُكَهَا وَحَمَلَهَا) . . بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ .

فإطلاق المصنف الخيار مدخول ، أفاده الزركشي .

فائدة : قال الجوهري : أخلفه ؛ أي : وجد مواعده خُلُفاً^(١) ، بالضم ، والخلف في المستقبل كالكذب في الماضي .

قوله : (وفي قول : يبطل العقد في الدابة) لأنه شرط معها شيئاً مجهولاً ، فأشبهه ما لو قال : بعتكها وحملها ، وهذا الخلاف مبني على الخلاف في العلم بالحمل ، والأظهر : أنه معلوم ، ويجريان في الأمة ، وقيل : هما في الدابة ، وفي الأمة يصح قطعاً .

فرع : لو اتفقا على شرط البكارة ، وادعى البائع تسليمها بكرةً ، وقال المشتري : بل سلّمت إليّ ثيباً . صدق البائع بيمينه ، من « فتاوى البغوي »^(٢) حكاها الزركشي .

قوله : (ولو قال : بعتكها وحملها . . بطل في الأصح) لأن ما لا يجوز بيعه منفرداً لا يجوز بيعه مقصوداً مع غيره ، والثاني : يجوز ، ونقله في « البيان » عن الأكثرين ؛ لأنه داخل في العقد عند الإطلاق ، فلا يضر التنصيص عليه ؛ كما لو قال : بعتك هذا الجدار وأساسه^(٣) ، وجوابه : أن الأساس داخل في مسمى الجدار ، فلا يضر التنصيص عليه ، والحمل غير داخل في مسمى البهيمة ، فإذا ذكره . . فقد ذكر شيئاً مجهولاً مع المعلوم .

ولو قال : بعتك الجُبّة وحشوها . . فقليل : على الخلاف ، وقيل : يجوز

(١) الصحاح (ص : ٣١٤) .

(٢) فتاوى البغوي (ص : ١٤٢) .

(٣) البيان (١٠٤ / ٥) .

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحَمْلِ وَحْدَهُ ، وَلَا الْحَامِلِ دُونَهُ ،

قطعاً ، وصححها في « شرح المذهب » ، وقال فيه أيضاً : ولا فرق في هذه المسائل ونحوها بين أن يأتي بـ (الواو) أو (مع) أو (الباء)^(١) .

قال الإسنوي : الصحة في (مع) و (الباء) أظهر منها في (الواو) ، وقال السبكي : يبطل مع (الواو) ، ويصح مع (الباء) .

قوله : (ولا يصح بيع الحمل وحده) للنهي عن الملاقيح^(٢) ، وللجهالة ، سواء بيع من مالك الأم أو من غيره .

قوله : (ولا الحامل دونه) أي : دون الحمل ؛ لأن الحمل لا يفرد ، فلا يستثنى ؛ كأعضاء الحيوان ، ولنهيه صلى الله عليه وسلم عن الثُّنْيَا^(٣) .

وفي وجه : يصح ؛ كما لو باع شجرة واستثنى الثمرة قبل بدو الصلاح ، وجوابه : أن الثمرة يجوز أفرادها بالعقد .

وسواء كان الحمل له واستثناه ، أو لغيره وباعها وأطلق . . فلا يصح على المذهب ، وسواء باعها من مالك الحمل أو من غيره ، وقيل : يصح من المالك .

ولو وكل مالك الحمل مالك الأم ، أو وكلا أجنبيّاً ، فباعهما دفعة واحدة . . لم يصح ؛ لأن كل واحد منهما لا يملك العقد بنفسه ، فلا يصح منه التوكيل ، قاله في « البحر » ، وفي « شرح المذهب » : أنه المذهب^(٤) ، حكاه الزركشي .

(١) المجموع (٣٠٦/٩) .

(٢) أخرجه مالك في « الموطأ » (١٤٠٣) عن سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى مرسلًا ، وأسنده البزار عن أبي هريرة رضي الله عنه في « مسنده » (٧٧٨٥) .

(٣) أخرجه مسلم (٨٥/١٥٣٦) ، وأبو داود (٣٤٠٥) ، والترمذي (١٣٣٦) ، والنسائي (٣٨٨٠) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما ، والثُّنْيَا : الاستثناء .

(٤) بحر المذهب (٤٧/٥) ، المجموع (٣٠٧/٩) .

وَلَا الْحَامِلُ بِحُرٍّ .

وَلَوْ بَاعَ حَامِلًا مُطْلَقًا . دَخَلَ الْحَمْلُ فِي الْبَيْعِ .

فصل

وَمِنَ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ : مَا لَا يَبْطُلُ ؛ لِرُجُوعِهِ إِلَى مَعْنَى يَقْتَرِنُ بِهِ ؛

قوله : (ولا الحامل بحُرٍّ) لأن الحمل والحالة هذه لا يدخل في البيع ، فكأنه استثناه ، وقيل : يصح ؛ لأن الحمل مستثنى شرعاً .

وقوله : (بحُرٍّ) يفهم جواز بيع الحامل برقيق ، وهذا إذا كان الحمل له ، فإن كان لغيره . . امتنع ؛ لما سبق^(١) ، وقد يكون الحمل من المالك وهو ملك له ، ويمتنع عليه بيعه ، ويتصور في المكاتب ، قاله الزركشي .

قوله : (ولو باع حاملاً مطلقاً . دخل الحمل في البيع) لأن اللفظ يتناول ، ومحله : إذا كان مملوكاً لمالك الأم ، وإلا . . فيبطل البيع ؛ كما تقدم ، ومحله أيضاً : إذا بيعت باختيار المالك ، فلو بيعت في حق المرتهن بغير اختياره . . ففي دخوله قولان .

وقوله : (مطلقاً) أي : من غير شرط يدل على الدخول ، أو على عدمه .

(فصل)

[في البيوع المنهي عنها التي لا يقتضي النهي فسادها]

(ومن المنهي عنه : ما لا يبطل ؛ لرجوعه إلى معنى يقترن به) .

اعلم : أن النهي إن كان لأمر في ذات العقد . . أبطل ؛ كالملاسة ، أو لأمر خارج لازم له . . لم يبطل ؛ كبيع الحاضر للباد ، أو لأمر منفك عنه متعلق

(١) أي : آنفاً .

كَبَيْعَ حَاضِرٍ لِبَادٍ ؛ بِأَنْ يَقْدَمَ غَرِيبٌ بِمَتَاعٍ تَعْمُ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِيَبِيعَهُ بِسِعْرِ يَوْمِهِ ،
فَيَقُولَ بَلَدِي : (اتركه عندي لأبيعه على التدرّج بأغلى) .

به . . فأولى بعدم الإبطال ؛ كالنجش .

وقوله : (يبطل) ضبط عن خط المصنف بضم الياء ، والأحسن معه :
كسر الطاء ، ويكون الضمير فيه عائداً على ما عاد عليه الضمير في (لرجوعه)
وهو النهي ، والتقدير : ما لا يبطله النهي ، وكان الأولى معه أن يقول : ومن
المناهي .

قوله : (كبيع حاضر لباد ؛ بأن يقدم غريب بمتاع تعم الحاجة إليه لبيعه
بسعر يومه ، فيقول بلدي : اتركه عندي لأبيعه^(١) على التدرّج بأغلى) قال
صلى الله عليه وسلم : « لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ » . رواه الشيخان^(٢) ، وهو نهى
بلفظ الخبر ، والمعنى فيه : التضييق على الناس ؛ لما زاد مسلم : « دَعُوا
النَّاسَ يَرْزُقُوا اللَّهَ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ »^(٣) .

واتفقوا على تحريمه بشروط ؛ أحدها : الحاجة إليه ، وذكر الرافعي
عمومها تبعاً للقاضي حسين والبغوي^(٤) ، وحكى في « المطلب » فيه وجهين ،
وقال : ظاهر النص : عدم التفرقة بين عموم الحاجة وندورها^(٥) .

(١) وفي (ب) : (لأبيعه لك) بزيادة (لك) ، ولعل الصواب جعله من الشرح ؛ كما في سائر الشروح ، والله أعلم .

(٢) صحيح البخاري (٢٧٢٣) ، صحيح مسلم (١٥٢٠) عن أبي هريرة رضي الله عنه . واتفقا عليه أيضاً من حديث أنس وابن عباس ، وللبخاري عن ابن عمر ، ولمسلم عن جابر رضي الله عنهم . راجع « التلخيص الحبير » (٣٧ / ٣) .

(٣) صحيح مسلم (١٥٢٢) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٤) الشرح الكبير (١٢٨ / ٤) ، التهذيب (٥٤١ / ٣) .

(٥) راجع « مختصر المزني » (ص : ١٣٠) ، ويحتمل أن يكون مراده بالنص : الحديث المذكور . والله أعلم . راجع « كفاية النبيه » (٢٨٠ - ٢٨١) .

.....

الثاني : أن يقصد البدوي البيع بسعر يومه ، فلو قصد الإقامة لبيعه ، فسأله الحضري تفويض ذلك إليه .. فلا بأس .

الثالث : أن يسأل الحضري الترك والبيع على التدرج ، فلو سأله البدوي ذلك ، أو أن يبيع له بسعر اليوم .. لم يحرم .

الرابع : أن يكون عالماً بورود النهي ، وهو عام في جميع المناهي ، قاله الرافعي^(١) .

الخامس : أن يظهر ببيع ذلك المتاع سعة في البلد ، فإن لم يظهر لقلته ، أو لكبر البلد ، أو لعموم وجوده .. فوجها ؛ أوقفهما للحديث : التحريم .

وحيث اجتمعت الشروط .. فالإثم على البلدي خاصة^(٢) ، كذا نقله في « زوائده » عن القفال^(٣) .

وقوله : (غريب) يقتضي : أن ذلك في غير من دخل وطنه ، وذكره الدارمي .

وأفهم قوله : (كبيع) جواز شراء الحاضر للبادي ، وهو السمسار^(٤) ، وتوقف ابن الرفعة في تحريمه ، لكن فسر ابن عباس النهي به^(٥) ، وتفسير الراوي يرجع إليه ، قاله الزركشي .

(١) الشرح الكبير (١٢٧/٤) .

(٢) أي : دون البدوي .

(٣) روضة الطالبين (٨٠/٣) .

(٤) السَّمْسَار : الوسيط بين البائع والمشتري ؛ لتسهيل الصفقة . المعجم الوسيط (ص : ٤٤٨) .

(٥) أخرجه البخاري (٢١٥٨) ، ومسلم (١٥٢١) عن عبد الله بن طاووس عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنهما .

وَتَلَقَّى الرُّكْبَانَ ؛ بَأَنْ يَتَلَقَّى طَائِفَةٌ يَحْمِلُونَ مَتَاعاً إِلَى الْبَلَدِ ، فَيَشْتَرِيهِ قَبْلَ قُدُومِهِمْ وَمَعْرِفَتِهِمْ بِالسَّعْرِ ،

قوله : (وتلقي الركبان ؛ بأن يتلقى طائفة يحملون متاعاً إلى البلد ، فيشتره قبل قدومهم ومعرفتهم بالسعر) ففي « الصحيحين » : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لَا تَتَلَقَّوْا الرُّكْبَانَ لِلْبَيْعِ »^(١) ، وفي رواية : « الْجَلَبَ »^(٢) ، وفي رواية : « السَّلَعَ »^(٣) ، ولمسلم : « فَإِذَا أَتَى سَيِّدُهُ السُّوقَ . . فَهُوَ بِالْخِيَارِ »^(٤) .

ولا فرق بين أن يقصد التلقي أم لا على الأصح ؛ لشمول المعنى ، وتلقي الواحد بالجماعة^(٥) .

وليس من شرطه : أن يخبرهم بكساد ما معهم ولا أن يغبنهم ، وعلة النهي عند الشافعي ومعظم الأصحاب : النظر للركبان^(٦) .

واحترز بقوله : (فيشتره) : عما لو تلقاهم وباعهم ما يريدون شراءه . . فإنه يجوز في الأصح .

وتعبيره بـ (الطائفة) جري على الغالب ، فالواحد كذلك ، قاله الزركشي .

(١) صحيح البخاري (٢١٥٠) ، صحيح مسلم (١١ / ١٥١٥) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) أخرجهما مسلم (١٥١٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) أخرجهما البخاري (٢١٦٥) ، ومسلم (١٥١٧) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٤) صحيح مسلم (١٥١٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٥) قوله : (وتلقي الواحد بالجماعة) ليس في (ب) ، ولعل تقديره على ما في (أ) :

(لشمول المعنى ، وشمول تلقي الواحد بالجماعة) عطفاً عليه ، والله أعلم .

(٦) أي : النظر هنا لمراعاة الركبان ؛ لاحتمال غبنهم ، لا مراعاة أهل البلد خشية أن يحبسهم

المشتري فيضيق الحال عليهم ، أو خشية انقطاع القوافل عنهم . بداية المحتاج (٣٨ / ٢)

بتصرف يسير ، وراجع « مختصر المزني » (ص : ١٣٠) .

وَلَهُمُ الْخِيَارُ إِذَا عَرَفُوا الْغَبْنَ .

وَالسَّوْمُ عَلَى سَوْمٍ غَيْرِهِ ، وَإِنَّمَا يَحْرُمُ ذَلِكَ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الثَّمَنِ .

قوله : (ولهم الخيار إذا عرفوا الغبن) أي : سواء أخبرهم بسعر البلد أو كذب أو سكت ؛ لعموم الخبر ، وهو على الفور في الأصح ، فإن بان لهم عدم الغبن ، أو ابتدؤوا بطلب الشراء ، أو اشترى بسعر البلد . . فلا خيار على الأصح في الثلاث .

ولو اشترى في البلد قبل دخولهم السوق ومعرفتهم الأسعار . . فلا خيار ، صرح به الأصحاب ، ولم يتعرضوا للتحريم ولا لعدمه ، لكن جماعة منهم ابن المنذر قالوا : لا يجوز التلقي خارج السوق^(١) .

قوله : (والسوم على سؤم غيره) نقل المصنف الإجماع على منعه^(٢) ، وله صورتان : أن يجيء إلى رجل قد أنعم لغيره في بيع سلعته بثمان فيزيده لبيع منه ، أو يأتي إلى المشتري فيعرض عليه مثلها أو أجود منها بأنقص من ذلك الثمن .

وشرط ابن حَرْبويه : أن يكون الأول مسلماً ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لَا يَسُمُّ الْمُسْلِمُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ » . متفق عليه^(٣) .

وحمله الجمهور على أنه خرج مخرج الغالب ، فلذلك عبر المصنف بلفظ الغير ، والمعنى فيه : الأذى والقطيعة .

قوله : (وإنما يحرم ذلك بعد استقرار الثمن) أي : صريحاً ، فلو حصل

(١) الأوسط (١٠٧/١٠ - ١٠٨) .

(٢) شرح صحيح مسلم (٣٩٨/٥) .

(٣) صحيح البخاري (٢٧٢٧) ، صحيح مسلم (١٥١٥) عن أبي هريرة رضي الله عنه ، واللفظ لمسلم .

وَالْبَيْعُ عَلَى بَيْعٍ غَيْرِهِ قَبْلَ لُزُومِهِ ؛ بَأَنْ يَأْمُرَ الْمُشْتَرِي بِالْفَسْخِ لِبَيْعِهِ مِثْلَهُ .

بالتعريض .. لم يحرم على الأصح ، لكن يكره ، والسكوت كالرد عند الأكثرين .

أما ما يدار به على من يزيد .. فلا منع من الزيادة ؛ لأن البائع إذ ذاك لا يقصد رجلاً بعينه .

قوله : (والبيع على بيع غيره قبل لزومه) لقوله صلى الله عليه وسلم : « لَا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ » . متفق عليه^(١) .

(بأن يأمر المشتري بالفسخ لبيعه مثله) قال الشافعي رضي الله عنه : في « اختلاف الحديث » : فنهى الرجل إذا اشترى رجل من رجل سلعة فلم يتفرقا . أن يبيع المشتري سلعة تشبه السلعة التي اشترى ؛ لأنه لعله يرد السلعة التي اشترى أولاً^(٢) . انتهى

فليس الأمر بالفسخ شرطاً ، فإن أمر بالفسخ وليس مقصوده البيع .. فحكمه حكم النجش .

وقوله : (قبل لزومه) يدخل فيه خيار المجلس وخيار الشرط .

وشرط ابن كجّ : ألا يكون المشتري مغبوناً غبناً مفراطاً ، فإن كان .. فله أن يعرّفه ، ويبيع على بيعه ؛ لأنه ضرب من النصيحة . واختار المصنف عدم اشتراطه^(٣) .

ويستثنى : ما لو أذن البائع في البيع على بيعه ، أو المشتري في جانب

(١) صحيح البخاري (٢١٥٠) ، صحيح مسلم (١١ / ١٥١٥) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) اختلاف الحديث مع « الأم » (١٤٦ / ١٠) ، وعبارته : (فنهى الرجل إذا اشترى من رجل سلعة) ، وفي هامشه : (في « ص » : « إذا اشترى رجل من رجل سلعة ») .

(٣) روضة الطالبين (٨١ / ٣) .

وَالشُّرَاءُ عَلَى الشُّرَاءِ ؛ بَأَنْ يَأْمُرَ الْبَائِعُ بِالْفَسْخِ لِيَشْتَرِيَهُ .
وَالنَّجَشُ ؛ بَأَنْ يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ لَا لِرَغْبَةٍ بَلْ لِيَخْدَعَ غَيْرَهُ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ
لَا خِيَارَ .

الشراء . . فلا يحرم على الأصح ، وكذا في السوم ، قاله الزركشي .
قوله : (والشراء على الشراء ؛ بَأَنْ يَأْمُرَ الْبَائِعُ بِالْفَسْخِ لِيَشْتَرِيَهُ) لأنه في
معنى البيع على البيع ، وعند مسلم : « لَا يَحِلُّ لِلْمُؤْمِنِ أَنْ يَبْتَاعَ عَلَى بَيْعِ
أَخِيهِ »^(١) .

ولا بد أيضاً أن يكون قبل اللزوم ، وقال الماوردي : يحرم طلب السلعة
من المشتري بزيادة ربح والبائع حاضر ؛ لأنه يؤدي إلى أن يفسخ^(٢) .
قوله : (والنجش) في « الصحيحين » : النهي عنه^(٣) ، وأجمعوا على
تحريمه (بَأَنْ يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ لَا لِرَغْبَةٍ بَلْ لِيَخْدَعَ غَيْرَهُ) ولا فرق بين أن يكون
ثمن المثل أو لا ، ولا بين أن يكون في اليد أو لا .

واعلم : أن الناجش قد يكون مقصوده ضرر المشتري ، أو نفع البائع ،
وقد يكون هو البائع حيث لا يعلم به ، وقد يكون أجنبياً بمواطأة البائع أو
بدونها ، وكل ذلك حرام ، فقول المصنف : (بل ليخدع غيره) كان الأولى
تركه .

قوله : (والأصح : أنه لا خيار) أي : للمشتري ؛ لأنه فرط حيث لم

(١) صحيح مسلم (١٤١٤) عن عقبة بن عامر رضي الله عنه .

(٢) الحاوي الكبير (٣٠٧/٦) ، وعبارته : (. . . فهو أيضاً مكروه ؛ لأنه يؤدي إلى أن يفسخ
البائع على المشتري بيعه ؛ طمعاً فيما بذل له من الربح) .

(٣) صحيح البخاري (٢١٤٠) ، صحيح مسلم (٥٢/١٤١٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَبَيْعِ الرُّطْبِ وَالْعِنَبِ لِعَاصِرِ الْخَمْرِ .

يتأمل ، ولم يراجع أهل الخبرة ، والثاني : يثبت بشرط أن يكون ذلك بمواطأة من البائع ، وإلا . . فلا خيار قولاً واحداً ، ولو قال البائع : أعطيت بها كذا ، فبان خلافه . . فعلى الوجهين .

فائدة : النجش : الإثارة ، وسمي هذا ناجشاً ؛ لأنه يثير الرغبات فيها ، ويرفع ثمنها .

قوله : (وبيع الرطب والعنب لعاصر الخمر) هو مكروه إن لم يتحقق منه العصيان به ، وإن غلب على الظن أنه يعصي به . . فوجهان ؛ أحدهما في « أصل الروضة » : التحريم ، ونقل عن الغزالي : أنه يطرد في كل تصرف يفضي على معصية ؛ كبيع الممالك المُرْدِ ممن عرف بالفجور فيهم^(١) ، والثاني : لا يحرم ، قال الإسنوي : وعليه الأكثرون ، ونقله عن النص ، وعلى الوجهين : البيع صحيح ، وفي « المهمات » : أن تصحيح التحريم خلاف هذا النص^(٢) .

قال ابن العماد : بل هو موافق له ؛ لأن قول الشافعي : (لو اشترى سيفاً ، ونوى بشرائه أن يقتل به . . كان الشراء حلالاً) يعني : يحل الانتفاع به ؛ لأن الأصحاب اتفقوا على الصحة ، وهو مراد الشافعي بقوله : (حلالاً) لأن النهي لأمر خارجي لا ذاتي ، ويدل على التحريم قول الشافعي : (وكانت النية بالقتل غير جائزة ، ولم يبطل بها البيع)^(٣) .

وذكر المصنف له يقتضي : ورود نهى خاص فيه ، ولم يعلم فيه إلا ما رواه

(١) روضة الطالبين (٨٤ / ٣) ، إحياء علوم الدين (٤٢٦ / ٣) .

(٢) المهمات (١٤٤ / ٥ - ١٤٥) ، الأم (٦٦ / ٩ - ٦٧) .

(٣) الأم (٦٦ / ٩ - ٦٧) .

يَحْرُمُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْأُمِّ وَالْوَلَدِ حَتَّى يُمَيِّزَ ،

ابن حبان في « الضعفاء » : أنه صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ حَبَسَ الْعِنَبَ زَمَنَ الْقَطَافِ حَتَّى يَبِيعَهُ مِنْ يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ أَوْ مِمَّنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَتَّخِذُهُ خَمْرًا . . فَقَدْ أَقْدَمَ عَلَى النَّارِ عَلَى بَصِيرَةٍ » . قال الذهبي : إنه موضوع ^(١) .

لكن روى الترمذي عن أنس : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر عشرة : عاصرها ، ومعتصرها ، وشاربها ، وحاملها ، والمحمولة إليه ، وساقها ، وبائعها ، وآكل ثمنها ، والمشتري لها ، والمشتري له ، وقال : غريب من حديث أنس ^(٢) .

ورواه أبو داود عن ابن عمر : نحوه ، وصححه ابن السكن ، وروى ابن ماجه الحديثين ، وقال الحافظ ابن حجر في حديث أنس : رواه ثقات ^(٣) .

وجه الاستدلال : أنه يدل على النهي عن التسبب إلى الحرام ، وهذا منه .

قوله : (يحرم التفريق ^(٤) بين الأم والولد) أي : من الآدميين ، وحكى ابن المنذر وغيره فيه الإجماع ؛ لما روى الترمذي وحسنه من حديث أبي أيوب : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا . . فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » . وصححه الحاكم ^(٥) .

ولا فرق بين أن ترضى الأم أو لا ، وقيل : يجوز إذا رضيت .

قوله : (حتى يميز) لأنه حينئذ يستغني عن التعهد والحضانة ، وعبارة

(١) كتاب المجروحين (٢١٢) عن بريدة رضي الله عنه ، ميزان الاعتدال (٢٧٥ / ٢) ، وأخرجه البيهقي في « الشعب » (٥٢٣١) ، والطبراني في « الأوسط » (٥٣٥٦) .

(٢) سنن الترمذي (١٣٤١) .

(٣) سنن أبي داود (٣٦٧٤) ، سنن ابن ماجه (٣٣٨٠) عن ابن عمر رضي الله عنهما ، ورواية أنس رضي الله عنه عند ابن ماجه برقم (٣٣٨١) ، التلخيص الحبير (١٩٩ / ٤ - ٢٠٠) .

(٤) وفي « المنهاج » المطبوع : (ويحرم التفريق) .

(٥) سنن الترمذي (١٣٢٩) ، المستدرک (٥٥ / ٢) ، الإجماع لابن المنذر (ص : ٧٩) .

وَفِي قَوْلٍ : حَتَّى يَبْلُغَ ، فَإِذَا فُرِّقَ بَيْعٌ أَوْ هِبَةٌ . بَطْلًا فِي الْأَظْهَرِ .

الرافعي والنووي : إلى سن التمييز ؛ سبع سنين ، أو ثمان سنين تقريباً^(١) .

(وفي قول : حتى يبلغ) لحديث ورد فيه^(٢) ، ويجوز بعد البلوغ قطعاً .

وأم الأم عند عدمها كالأم .

ويحرم التفريق بينه وبين الأب على الأظهر ، ولو اجتمع الأبوان . . حرم التفريق بينه وبين الأم .

والتفريق بين البهيمة وولدها بغير الذبح قبل الاستغناء باللُّبَّاء لا يجوز ، وبعده يجوز مع الكراهة ، وقيل : يحرم ، وبالذبح جائز قطعاً .

قوله : (فإذا^(٣) فرق بيع أو هبة . . بطلا في الأظهر) وكذا لو جعله أجرة ، أو أقرضه ؛ لعدم القدرة على التسليم شرعاً ، والثاني : لا ؛ لأن النهي للإضرار لا لخلل في المبيع^(٤) ، وعلى هذا : لا يقرآن على التفريق ، بل إن تراضيا على ضم أحدهما إلى الآخر . . استمر البيع ، وإن تمانعا . . فسخ .

ومحل القولين : بعد سقي اللُّبَّاء ، أما قبله . . فلا يصح جزماً ، قال الماوردي : ووجود مرضعة تتم رضاعه^(٥) ، حكاه الزركشي .

ولا يجوز التفريق بالرد بالعيب والتقايل على الأصح .

(١) الشرح الكبير (١٣٣/٤) ، روضة الطالبين (٨٣/٣) .

(٢) أخرجه الحاكم (٥٥/٢) ، والدارقطني (ص : ٦٥٣) ، والبيهقي في « الكبير » (١٨٣٧٣) عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه ، وراجع « نصب الراية » (٤٩١/٤) .

(٣) ، و« التلخيص الحبير » (٤٣/٣) .

(٤) وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (وإذا) .

(٥) عبارة « النجم الوهاج » (٩٩/٤) : (لا لخلل في العقد) .

(٥) الحاوي الكبير (٩٥/٧) .

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْعَرَبُونَ ؛ بِأَنْ يَشْتَرِيَ وَيُعْطِيَهُ دَرَاهِمَ لِيَكُونَ مِنَ الثَّمَنِ إِنْ رَضِيَ السَّلْعَةَ ، وَإِلَّا . . فَهَبَةٌ .

وأفتى الغزالي بمنع التفريق بالمسافرة^(١) .

ويجوز بالعتق والوصية على الصحيح .

قوله : (ولا يصح بيع العربون) لما روى مالك عن الثقة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العُربان .

قال البيهقي : رواه حبيب بن أبي حبيب عن مالك عن عبد الله بن عامر الأسلمي عن عمرو ، فقد اتصل^(٢) .

قوله : (بأن يشتري ويعطيه دراهم لتكون من الثمن إن رضي السلعة ، وإلا . . فهبة) لأن فيه شرطين ؛ أحدهما : شرط الهبة ، والثاني : شرط الرد .

وصورة المسألة : أن يكون الشرط في نفس العقد ، فإن اتفقا عليه ، ولم يتلفظا به حال العقد . فالبيع صحيح .

وأصل العربون في اللغة : التسليف والتقديم ، وفيه لغات ؛ أفصحها : فتح العين والراء .

(١) فتاوى الغزالي (ص : ٢٣٥) .

(٢) الموطأ (١٣٣٨) ، السنن الكبير (١٠٩٧٩) ، وأخرجه أبو داود (٣٥٠٢) ، وابن ماجه (٢١٩٢) .

فصل

بَاعَ خَلَاءً وَخَمْرًا ، أَوْ عَبْدَهُ وَحُرًّا ، أَوْ وَعَبْدَ غَيْرِهِ ، أَوْ مُشْتَرَكًا بِغَيْرِ إِذْنِ
الْآخِرِ . . . صَحَّ فِي مِلْكِهِ فِي الْأَظْهَرِ ،

(فصل)

[في تفريق الصفقة وتعدده]

(باع خلأً وخمراً ، أو عبده وحرّاً ، أو وعبد غيره ، أو مشتركاً بغير إذن
الآخر) أي : بثمن واحد (. . صح في ملكه في الأظهر) أي : ويبطل في ملك
الغير قطعاً ، القولان يُعرفان بقولي تفريق الصفقة .

والمراد : أنا هل نفرق ما اشتمل عليه العقد الواحد ؛ فنُصحح في الصحيح
منه ؛ كما أبطلناه في الباطل ، أو لا نفرق ، بل نبطل في الجميع ؟

وتفريق الصفقة ثلاثة أقسام ؛ أولها : التفريق في الابتداء ؛ أي : من حين
وقوع العقد ، وكلامه فيه ، ووجه الصحة فيما يملكه : أنه باع شيئين مختلفي
الحكم ، فيأخذ كل واحد منهما حكم نفسه ؛ كما لو باع ثوباً وشقصاً مشفوعاً ،
فإن الشفعة تثبت في الشقص دون الثوب ، ووجه البطلان : تغليب الحرام على
الحلال .

واعلم : أن الممنوع من بيعه إما أن يكون قابلاً للبيع أو غير قابل ، فإن كان
قابلاً . . نظر إن كانت حصته من الثمن مجهولة محتاجة إلى تقويم ؛
كعبد الغير ، فاتفقوا على القولين فيه ، فإن كانت معلومة . . فهو على القولين
أيضاً ، وقيل : يصح قطعاً ، ومثل له المصنف بالمشارك^(١) .

وإن كان غير قابل . . نظر إن أمكن تقويمه من غير فرض تغير في الخلقة ؛

(١) أي : في قوله : (أو مشتركاً بغير إذن الآخر) .

.....

كالحر.. فهو على القولين أيضاً ، وقيل : يبطل قطعاً ، وإن لم يمكن إلا بفرض تغير ؛ كالخمر.. فإنه لا بد من تقديرها خلاً أو عصيراً ، أما على الصحيح أو عند بعضهم.. فهو على الخلاف في الحر ، وقيل : يبطل قطعاً .

وقوله : (أو وعبد غيره) بواوَيْن ؛ أي : باع عبده وعبد غيره .

وقوله : (بغير إذن الآخر) يعود إلى المشترك ، فإنه يصح جزماً عند إذن الشريك .

وقال الإسنوي : إن الشافعي رجع عن القول بالصحة ؛ كما ذكره الربيع في « الأم »^(١) وقال الإمام البلقيني : قال الربيع مرة^(٢) : إن بطلان الصفقة كلها أصح القولين ، ومرة : إن الشافعي رجع عن تفريق الصفقة ، وقال : تبطل كلها^(٣) .

(١) المهمات (١٤٧/٥) .

(٢) قوله : (وقال الإمام البلقيني : قال الربيع مرة) ليس في (أ) .

(٣) راجع « الأم » (١٢٧/٤) : (فلما جمعت الصفقة حرام البيع وحلال البيع .. بطلت الصفقة كلها) . و (٣٣٥/٤) : (فإذا جمعت صفقة الرهن شيئين ؛ أحدهما جائز ، والآخر غير جائز .. فسَدَّ معاً ، وبه أخذ الربيع وقال : هو أصح القولين) . وراجع أيضاً منه (٤٦٧/٤) ، (٤٧١/٤) ، (٥٠٩/٦) ، (٤٣٨/٧) ، وفي (٤٣٨/٧) : (قال الربيع : آخر قول الشافعي رضي الله عنه : أنه إذا استُحقَّ بعض ما اشترى .. فإن البيع كله باطل ؛ من قبل أن الصفقة جمعت حلالاً وحراماً ، فبطلت كلها) ، ومثل هذا الأخير أيضاً في (٤٨٣/٧) ، وراجع « المهمات » (١٤٧/٥) ، و« تحرير الفتاوي » (٧٢٧/١) . قال في « مغني المحتاج » (٣٩٧/٢) : (قال الأذرعى : إذا كان راوي المذهب أي : الربيع قد شهد بذلك .. ففي النفس حزاة ؛ من ترجيح الصحة مع ذلك ، أجيب ؛ بأن قول الربيع : إن البطلان آخر قوله . يحتمل أن يكون آخرهما في الذكر لا في الفتوى ، وإنما يكون المتأخر مذهب الشافعي إذا أفتى به ، أما إذا ذكره في مقام الاستنباط والترجيح ولم يصرح بالرجوع عن الأول .. فلا ، مع أن هذه اللفظة وهي : « آخر قوله » يحتمل أنها كانت « أحد قوله » بالبدال ، فقصرت فقرأت بالراء) .

فَيَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي إِنْ جَهِلَ ، فَإِنْ أَجَازَ . فَبِحَصَّتِهِ مِنَ الْمُسَمَّى بِاعْتِبَارِ قِيَمَتِهِمَا ، وَفِي قَوْلٍ : بِجَمِيعِهِ ، وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ .

وَلَوْ بَاعَ عَبْدِيهِ فَتَلَفَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ قَبْضِهِ . لَمْ يَنْفَسَخْ فِي الْآخِرِ عَلَى الْمَذْهَبِ ،

قوله : (فَيَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي إِنْ جَهِلَ) تبعض الصفقة عليه ، وهو على الفور ؛ لأنه خيار نقص ، قاله ابن الرفعة^(١) (فَإِنْ أَجَازَ . فَبِحَصَّتِهِ مِنَ الْمُسَمَّى بِاعْتِبَارِ قِيَمَتِهِمَا) أي : إذا كانا جنسين ، أو جنساً مختلف الأجزاء ، وإلا . فبالجزئية .

قوله : (وفي قول : بجميعه) لأن ذكر غير المملوك لاغ ، فيقع الثمن في مقابلة المملوك .

ولو كان المشتري عالماً . فلا خيار له ، وفيما يلزمه القولان ، وعلى الأول : قيل : يقدر الخمر خلاً ، والخنزير بقرة ، وصححه المصنف^(٢) ، وقيل : تعتبر قيمته عند من يرى له قيمة ، وصححه الغزالي^(٣) ، ومال السبكي إلى ترجيحه .

قوله : (ولا خيار للبائع) أي : قطعاً إن قلنا : الإجازة بالجميع ، وكذا إن قلنا بالقسط في الأصح ؛ لتفريطه .

قوله : (ولو باع عبديه فتلف أحدهما قبل قبضه . لم ينفسخ في الآخر على المذهب) هذا القسم الثاني ، وهو التفريق في الدوام ، ووجه عدم الانفساخ :

(١) قاله في « المطلب » ؛ كما في « تحرير الفتاوي » (٧٢٨ / ١) .

(٢) أي : صحح تقديرهما . روضة الطالبين (٩٣ / ٣) .

(٣) الوسيط (٩٧-٩٨ / ٢) .

بَلْ يَتَخَيَّرُ ، فَإِنْ أَجَازَ . . . فَبِالْحِصَّةِ قَطْعاً .

وَلَوْ جَمَعَ فِي صَفْقَةٍ مُخْتَلَفِي الْحُكْمِ ؛ كِإِجَارَةٍ وَيَبِيعَ ، أَوْ سَلَّمَ . . . صَحّاً
فِي الْأَظْهَرِ ، وَيُوزَعُ الْمُسَمَّى عَلَى قِيَمَتَيْهِمَا ،

انتفاء العلتين ، وهما : الجمع بين الحلال والحرام ، وجهالة الثمن ، وقيل :
على القولين فيما لو باع ما يملكه وما لا يملكه ؛ لأن الطارئ قبل القبض
كالمقارن .

والطريقان إذا حصل التلف قبل قبضهما ؛ فإن كان الآخر مقبوضاً باقياً . .
فالخلاف مرتب وأولى بعدم الانفساخ ؛ لتأكد العقد في المقبوض بانتقال
الضمان فيه إلى المشتري ، فإن كان تلف في يد المشتري . . فالقول بالانفساخ
فيه أضعف ؛ لتلفه على ضمانه .

وقوله : (قبل قبضه) يشمل الصور الثلاث .

قوله : (بل يتخير) أي : لفوات مقصوده كما في الابتداء ، سواء أكان
الآخر في يد البائع أم في يد المشتري باقياً ، وإن كان في يده تلفاً . . فالأصح
في « تعليقة القاضي حسين » : أنه لا خيار له ، وعليه حصته من الثمن ،
والثاني : له الفسخ ، وترد قيمته .

قوله : (فإن أجاز . . فبالحصة قطعاً) لأن الثمن قد توزع عليهما في
الابتداء ، ونفيه للخلاف تبع فيه « المحرر » ، لكن في « الشرح » عن
أبي إسحاق طرد القولين فيه^(١) .

قوله : (ولو جمع في صفقة مختلفي الحكم ؛ كإجارة وبيع أو سلم . .
صحاً في الأظهر ، ويوزع المسمى على قيمتهما) القسم الثالث : تفريق الصفقة

(١) المحرر (٤٧٦/١) ، الشرح الكبير (١٤١/٤) .

.....

في الأحكام ، مثال الإجارة والبيع : أجرتك داري شهراً وبعتك ثوبي هذا بدينار ، ومثال الإجارة والسلم : أجرتك داري سنة وبعتك صاع قمح في ذمتي سلماً بكذا .

وجه الصحة : أن كل واحد منهما قابل للعقد الذي أورده عليه على الانفراد ، فالجمع بينهما لا يضر ، ووجه البطلان فيهما : أنه قد يعرض انفساخ في أحدهما ، فيوزع ، وتلزم جهالة عوض الثاني .

والقولان في الجمع بين سلم وبيع ؛ ك : بعتك هذا وصاع قمح في ذمتي سلماً بهذا ، وبيع وصرف ؛ ك : بعتك هذا الثوب وهذا الدينار بهذه الدراهم .

قال السبكي : ومحل القولين : في مختلفي الحكم إذا لم يفصل الثمن ، فإن فصل ؛ كقوله : بعتك هذا بكذا ، وأجرتك ذا بكذا . صح قطعاً ؛ لأن المعبر فيه الجهالة وقد ارتفعت .

واتفقوا على صحة بيع شقص من دار وثوب وإن اختلف حكمهما في الأخذ بالشفعة ولا خيار ، ويردُّ على إطلاقه ، ويندفع بأنه ليس المراد مطلق الأحكام ، بل أسباب الفسخ والانفساخ .

نعم ؛ لو باعهما المشتري قبل الأخذ . جرى القولان ، فإن الشفيع إذا علم . له أن يأخذ بالأول وبالثاني ، فإذا أخذ بالأول . انفسخ الثاني في الشقص ، وهل ينفسخ في الثوب ؟ حكمه حكم ما لو تلف أحد العبدین قبل القبض .

وقال الإسنوي : شرط القولين : أن يكون العقدان لازمين ، فإن جمع يئنَّ بئع وجعالة . لم يصح قطعاً ، ذكره الرافعي في (المسابقة)^(١) .

(١) المهمات (١٥٩/٥) ، الشرح الكبير (١٩٢/١٢) .

أَوْ يَبِّعَ وَنِكَاحٍ . . صَحَّ النِّكَاحُ ، وَفِي الْبَيْعِ وَالصَّدَاقِ الْقَوْلَانِ .

وقال الزركشي : علم من تمثيله أن المراد : العقود اللازمة من الطرفين ، ويلتحق بها اللازمة من أحدهما ؛ كالبيع والجعالة ، وما في « الشرح » و« الروضة » في (باب المسابقة) من الامتناع عن الصَّيْدَ لَانِي^(١) . . ليس من هذه الحيثية .

ولو كانا جائزين . . صح قطعاً ؛ كما لو خلطا ألفاً بألفين ، وقال صاحبهما للآخر : شاركتك في أحدهما وقارضتك على الآخر . . فيصح قطعاً ، ولا يجيء الخلاف ؛ لرجوعهما جميعاً إلى التوكيل بالتصرف ، نقله الرافعي في (القراض) عن « التتمة »^(٢) .

قوله : (أو بيع ونكاح . . صح النكاح ، وفي) صحة (البيع والصدّاق القولان) لأن النكاح لا يفسد بفساد الصدّاق ؛ فلذلك اختص القولان بالصدّاق والبيع ، فإن صححنا . . وزّع المسمى على قيمة المبيع ومهر المثل ، وإلا . . وجب في النكاح مهر المثل .

وظاهر ما في الكتاب : أنه لا خلاف في صحة النكاح ، وقال الزركشي : قالوا بلا خلاف يعني : الرافعي والنووي لكن رأيت في « التجريد » لابن كج فيه طريقان والثانية على القولين ؛ أي : وأصحهما : الصحة .

وصورة النكاح والبيع : أن يكون المبيع ملكاً لمن يجب له العقد ؛ بأن يقول : زوجتك بنتي وبعتك عبداً بكذا ، إذا وكلّته أو كانت تحت حجره ، أو يقول : زوجتك أمتي وبعتك عبدي ، إذا كان ممن تحل له الأمة .

(١) الشرح الكبير (١٢/١٩٢) ، روضة الطالبين (٣٦٢/١٠) .

(٢) الشرح الكبير (١١/٦) .

وَتَتَعَدَّدُ الصَّفَقَةُ بِتَفْصِيلِ الثَّمَنِ كَبَيْتِكَ ذَا بَكْذَا ، وَذَا بَكْذَا ، وَبِتَعَدُّدِ
الْبَائِعِ ، وَكَذَا بِتَعَدُّدِ الْمُشْتَرِي فِي الْأُظْهَرِ .

قوله : (وتتعدد الصفقة بتفصيل الثمن ؛ ك : بعتك ذا بكذا وذا بكذا)
أي : سواء أفصل المشتري في القبول أم جمع ؛ على المذهب عند البغوي
والرافعي^(١) .

قوله : (وبتعدد البائع) أي : وإن اتحد المشتري ؛ كقولهما : بعناك هذا
بكذا ، فإن قبل نصيبهما جملة . . صح قطعاً ، وإن قبل نصيب أحدهما فقط . .
لم يصح في الأصح عند الرافعي ، لأن اللفظ يقتضي جوابهما جميعاً^(٢) ، قال
السبكي : وقال المتولي : المذهب : الصحة ، وهذا أصح .

قوله : (وكذا بتعدد المشتري في الأظهر) أي : مع اتحاد البائع ؛ كقوله :
بعتكما هذا بكذا ، فيقولان : اشترينا ؛ قياساً على البائع ، والثاني : مأخوذ
من القول ؛ بأن ليس لأحدهما أفراد حصته بالرد ، وعلى الأول : لو وفر^(٣)
أحدهما نصيبه من الثمن . . وجب تسليم قسطه من المبيع ؛ كما يسلم
المشاع ، ولو قبل أحدهما ولم يقبل الآخر . . فالأصح عند الرافعي والبغوي :
أنه لا يصح ؛ لعدم المطابقة^(٤) ، وصحح السبكي وابن الرفعة تبعاً لكثيرين :
الصحة^(٥) .

(١) التهذيب (٤٩٨/٣) ، الشرح الكبير (١٥٧/٤ - ١٥٨) .

(٢) الشرح الكبير (١٥٨/٤) .

(٣) وفر عليه حقّه : استوفاه . المعجم الوسيط (ص : ١٠٤٦) ، وعبرة « الشرح الكبير »
(١٥٧/٤) : (وفى) .

(٤) الشرح الكبير (١٥٧/٤ - ١٥٨) ، التهذيب (٤٩٨/٤ - ٤٩٩) .

(٥) كفاية النبيه (٨٥/٩) .

وَلَوْ وَكَّلَاهُ أَوْ وَكَّلَهُمَا . . فَلَا صَحْ : اِعْتِبَارُ الْوَكِيلِ .

ويترتب على التعدد والاتحاد : الرد بالعيب والحبس لوفاء الثمن وغير ذلك .

قوله : (ولو وكلاه أو وكلهما . . فلاصح : اعتبار الوكيل) لأن أحكام العقد ؛ من اشتراط الرؤية وثبوت خيار المجلس وغيرهما تتعلق به لا بالموكل ، والثاني - وصححه في « المحرر » - : أن العبرة بالموكل^(١) ؛ لأن الملك له ، والأكثر على الأول ، لكن سيأتي في (الرهن) : أن المذهب : القطع باعتبار الموكل^(٢) ، وكذلك الشفعة يعتبر فيها الموكل لا الوكيل .

والصفقة في العرايا والشفعة تعدد بتعدد المشتري قطعاً ، وبتعدد البائع في الأظهر ، عكس المذكور هنا ، فليس ما ذكره مطرداً في الأبواب .

* * *

(١) المحرر (٤٧٧ / ١) .

(٢) أي : في الفصل الأول من (كتاب الرهن) عند قول المتن : (وتجري فيه النيابة) .

بَابُ الْخِيَارِ

يُثْبِتُ خِيَارُ الْمَجْلِسِ فِي أَنْوَاعِ الْبَيْعِ : كَالصَّرْفِ ، وَبَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ ، وَالسَّلَمِ ، وَالتَّوْلِيَةِ ، وَالتَّشْرِيكِ ، وَصُلْحِ الْمُعَاوَضَةِ .

(باب الخيار)

هو نوعان : خيار تَرَوُّ ، سببه المجلس أو الشرط ، وخيار نقيصة ، سببه فوات^(١) أمر مضمون ينشأ من التزام شرطي ؛ أي : بشرط كونه بتلك الصفة ، أو قضاء عرفي ؛ أي : بطرد العرف بحصولها فيه ، أو تغيير فعلي ؛ أي : بفعل العاقد ما يورث ظن حصولها .

فالأول قدّمه في ذيل الكلام في بيع وشرط^(٢) ، والآخران في الفصل الثاني^(٣) .

قوله : (يثبت خيار المجلس في أنواع البيع ؛ كالصرف ، وبيع الطعام بالطعام^(٤) ، والسلم ، والتولية ، والتشريك ، وصالح المعاوضة) لقوله صلى الله عليه وسلم : « الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ : اخْتَرْ » . متفق عليه^(٥) .

والمراد بالتفرق : هو التفرق من المكان ، ففي « البيهقي » من رواية

(١) وفي (ب) : (فوت) .

(٢) أي : في (باب البيوع المنهي عنها) عند شرح قول المتن : (ولو شرط وصفاً يقصد) .

(٣) أي : في الفصل الثاني من هذا الباب .

(٤) وفي « المنهاج » المطبوع : (والطعام بالطعام) .

(٥) صحيح البخاري (٢١٠٩) ، صحيح مسلم (١٥٣١) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

وَلَوْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : الْمَلِكُ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ لِلْبَائِعِ أَوْ مَوْقُوفٌ . . فَلَهُمَا الْخِيَارُ ، وَإِنْ قُلْنَا : لِلْمُشْتَرِي . . تَخَيَّرَ الْبَائِعُ دُونَهُ .
وَلَا خِيَارَ فِي الْإِبْرَاءِ وَالنِّكَاحِ وَالْهَبَةِ بِلَا ثَوَابٍ ،

عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « حَتَّى يَتَفَرَّقَا مِنْ مَكَانِهِمَا »^(١) .

ودخل في كلام المصنف الإقالة إذا جعلناها بيعاً ، وبيع الأب ماله من طفله أو بالعكس وهو الأصح ، فيثبت خيار للأب وخيار للولد والأب نائبه ، فإن ألزم البيع لنفسه وللولد . . لزماً ، وإن ألزم لنفسه . . بقي للولد ، وإذا فارق المجلس . . لزماً العقد على الأصح .

ولا خيار في القسمة والحوالة على الأصح وإن جعلناها بيعاً ، ولا في بيع العبد من نفسه ؛ كما صححه في « الشرح الصغير » و« شرح المذهب »^(٢) .

واحترز بـ (المعاوضة) - وهو : الصلح على غير المدعى فإنه بيع : عن صلح الحطيطة على بعض المدعى ، فلا خيار فيه ؛ لأنه إن ورد على دين . . فأبراء ، أو على عين . . فهبة ، ولا خيار فيهما ، وعن الصلح عن المنفعة ؛ فإنه إجارة ، وعن الصلح عن دم العمد ؛ فإن المال غير مقصود فيه .

قوله : (ولو اشترى من يعتق عليه ؛ فإن قلنا : الملك في زمن الخيار للبائع أو موقوف . . فلهما الخيار) لوجود سببه بلا مانع (وإن قلنا : للمشتري . . تخير البائع دونه) لأن مقتضى ملكه له : ألا يتمكن من إزالته ، وأن يترتب عليه العتق ، فلما تعذر الثاني . . بقي الأول .

وعلى الأقسام الثلاثة : إذا مضى العقد . . تبين العتق بالشراء .

قوله : (ولا خيار في الإبراء والنكاح والهبة بلا ثواب) أما الإبراء والهبة

(١) السنن الكبير (١٠٥٤٧) .

(٢) المجموع (١٦٧/٩ - ١٦٨) ، وفي المطبوع منه في هذه المسألة خطأ ، فليتنبه .

وَكَذَا ذَاتُ الثَّوَابِ ، وَالشُّفْعَةُ ، وَالْإِجَارَةُ ، وَالْمُسَاقَاةُ ، وَالصَّدَاقُ فِي الْأَصَحِّ .
وَيَنْقَطِعُ بِالتَّخَايُرِ ؛ بِأَنْ يَخْتَارَا لُزُومَهُ ،

التي لا ثواب فيها وهي : المقيدة بنفيه أو المطلقة إذا قلنا : لا يقتضيه ..
فلأنهما ليسا بيعاً ، ولا فيهما المعنى الذي لأجله شرع في البيع وهو دفع
الغبن ، وأما النكاح .. فللاستغناء فيه عنه بسبق التأمل غالباً .

ولا خيار أيضاً في الرهن والوقف والعتق والطلاق ، وكل عقد جائز من
الطرفين ؛ كالوكالة والشركة ، أو من أحدهما ؛ كالكتابة .

وفي الضمان والكتابة وجه .

قوله : (وكذا ذات الثواب) أي : التي شرط فيها ثواب معلوم ، أو قلنا :
يجب الثواب فيها عند الإطلاق (والشفعة) أي : للشفيع ، أما المشتري .. فلا
خيار له قطعاً (والإجارة والمساواة والصدّاق في الأصح) أي : في المسائل
الخمس ؛ لأنها لا تسمى بيعاً ، ومن سمي الإجارة بيعاً يعلّل بأنها عقد غرر ،
والخيار غرر ، فلا يضم غرر إلى غرر .

والثاني : يثبت في الجميع ؛ لأنها في معنى البيع ؛ لثبوت العوض ، وعلى
هذا : معناه في الشفعة على قولنا بالفور : أنه بعد الأخذ يتخير في رد الملك
وإمساكه .

قوله : (وينقطع بالتخاير) أي : خيار المجلس (بأن يختاراً لزومه) أي :
كقولهما : ألزمنه ، وأجزناه ، أو تخايرنا ونحوه ، ولو قال أحدهما :
ألزمت ، وقال الآخر : أجزت ونحوه .. لزمت ، ولو قال : اخترنا إبطال
الخيار ، أو : أفسدناه .. فالأصح في « شرح المذهب » : اللزوم^(١) .

فَلَوْ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا . . سَقَطَ حَقُّهُ وَبَقِيَ لِلْآخَرِ ، وَبِالتَّفَرُّقِ بَيْنَهُمَا ، فَلَوْ طَالَ مُكْتَنُهُمَا أَوْ قَامَا وَتَمَاشِيَا مَنَازِلَ . . دَامَ خِيَارُهُمَا ، وَيُعْتَبَرُ فِي التَّفَرُّقِ الْعُرْفُ .

قوله : (فلو اختار أحدهما) أي : اللزوم ، ولم يختار الآخر على الفور (. . سقط حقه وبقي للآخر) أي : قياساً على خيار الشرط ، وقيل : لا يبقى للآخر ؛ لأن خيار المجلس لا يتبعض في الثبوت ، فلا تبعيض في السقوط . ولو قال أحدهما لصاحبه : اختر ، أو : خيرتُك ، فقال الآخر : اخترتُ . . انقطع خيارهما ، وإن سكت . . استمرَّ خياره ، وينقطع خيار القائل في الأصح .

ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر . . قدم الفسخ .

قوله : (وبالتفرق بينهما) للحديث^(١) .

نعم ؛ لو حُمِلَ أحدهما مكرهاً . . لم يبطل خياره ، وقيل : يبطل ، فعلى الأول : يبطل خيار الماكث إذا لم يمنع من الخروج في الأصح^(٢) .

قوله : (فلو طال مكثهما ، أو قاما وتماشيا منازل . . دام خيارهما) لعدم التفرق ، وقيل : لا يزيد على ثلاثة أيام .

قوله : (ويعتبر في التفرق العرف) أي : فما يعدّه الناس تفرقاً يلزم به العقد ، وما لا . . فلا ، فلو كانا في دار أو مسجد أو سفينة صغار . . فبأن يخرج أحدهما من المكان أو يصعد السطح ، وإن كانت الدار كبيرة . . فبأن ينتقل من صحنها إلى صفتها ، أو بيت من بيوتها ، وإن كانا في صحراء أو سوق . . فبأن يولّي أحدهما ظهره للآخر ويمشي قليلاً .

(١) المذكور أول الباب ، وعن ابن عمر رضي الله عنهما : أنه كان إذا باع رجلاً فأراد ألا يقيله . .

قام فمَشَى هُنَيْهَةً ، ثم رجع إليه . أخرجه مسلم (٤٥ / ١٥٣١)

(٢) لتمكّنه من الفسخ بالقول . النجم الوهاج (١١٣ / ٤) .

وَلَوْ مَاتَ فِي الْمَجْلِسِ ، أَوْ جُنَّ . . فَلَأَصَحَّ : انْتِقَالُهُ إِلَى الْوَارِثِ وَالْوَلِيِّ .

وَلَوْ تَنَازَعَا فِي التَّفَرُّقِ أَوْ الْفَسْخِ قَبْلَهُ . . صُدِّقَ النَّافِي .

قوله : (ولو مات في المجلس أو جن . . فالأصح : انتقاله إلى الوارث والولي) قياساً على خيار الشرط والرد بالعيب ، والثاني : يسقط . ويجري الخلاف في انتقاله إلى الموكل بموت الوكيل ، وإلى السيد بموت المكاتب والمأذون .

وعلى الأصح : إن كان الوارث أو الولي في المجلس . . امتدَّ الخيار بينه وبين العاقد الآخر حتى يتفرقا أو يتخaira ، وإن كان غائباً ؛ فإذا بلغهما الخبر . . امتدَّ حتى يفارق مجلس الخبر على الأصح .

تنبيه : الخلاف في الموت طرق ؛ أصحها : قولان ، فحقه التعبير بـ : الأظهر ، والخلاف في الجنون ضعيف جداً ، فحقه التعبير بـ : الصحيح ، قاله الزركشي .

قوله : (ولو تنازعا في التفرق أو الفسخ قبله . . صدق النافي) يعني : إذا جاء المتعاقدان معاً ، فقال أحدهما : تفرقنا فلزم البيع ، وأنكر الآخر وأراد الفسخ ، أو اتفقا على التفرق ، وقال أحدهما : فسخت قبله وأنكر الآخر . . صدق المنكر بيمينه في الأولى قطعاً ، وفي الثانية على الأصح ؛ لأن الأصل فيهما : دوام الاجتماع ، وقيل : يصدق مدعي الفسخ .

فصل

لَهُمَا وَلَا أَحَدَهُمَا شَرْطُ الْخِيَارِ فِي أَنْوَاعِ الْبَيْعِ

(فصل)

[في خيار الشرط وتوابعه]

(لهما ولأحدهما شرط الخيار في أنواع البيع) يعني : يجوز للمتعاقدين شرط الخيار لهما ولأحدهما معيناً ، أما للمشتري . . فلأن رجلاً شكاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يزال يُغَبَّن في البيع ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إِذَا بَايَعْتَ . . فَقُلْ : لَا خِلَابَةَ ، ثُمَّ أَنْتَ بِالْخِيَارِ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتَعْتَهَا ثَلَاثَ لَيَالٍ » . رواه البيهقي وابن ماجه بسند حسن^(١) .

وأما البائع . . فبالقياس عليه .

ولو شرطاه لأجنبي أو للعبد المبيع . . صح في الأصح ، وعلى هذا : يختص به المشروط له في الأصح ، فلو مات الأجنبي في زمن الخيار . . ثبت الآن للعاقد في الأصح .

وللوكيل شرط الخيار للموكل في الأصح ، ويختص به ، ولنفسه إن أذن فيه الموكل صريحاً ، وكذا إن أطلق في الأصح ، وليس له شرطه لأجنبي ، ولا للعاقد الآخر .

وعلم من تقييده بالبيع : أنه لا يشرع في غيره ؛ كالفسوخ ، والطلاق ، والعتاق ، والإبراء .

(١) السنن الكبير (١٠٥٥٧) ، سنن ابن ماجه (٢٣٥٥) عن ابن عمر رضي الله عنهما ، وأخرجه البخاري (٢١١٧) ، ومسلم (١٥٣٣) مختصراً : « إِذَا بَايَعْتَ . . فَقُلْ : لَا خِلَابَةَ » .

إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ ؛ كَرَبَوِيٍّ وَسَلَمٍ .
وَأَيْنَمَا يَجُوزُ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ لَا تَزِيدُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ،

قوله : (إلا أن يشترط القبض في المجلس ؛ كربوي وسلم) أي : فإنه لا يجوز اشتراطه لا لهما ولا لأحدهما ؛ لأن الخيار أعظم غرراً من الأجل ، فإنه مانع من الملك أو من لزومه ، فإذا امتنع الأجل . . امتنع الخيار بطريق الأولى .

وأشار بالتمثيل إلى أنه لا فرق بين ما يشترط فيه القبض من الجانبين ؛ كالكربوي ، أو من أحدهما ؛ كالسلم .

وَيَرِدُ عَلَى حَصْرِهِ : ما إذا اشترى من يعتق عليه . . فإنه لا يجوز شرط الخيار للمشتري وحده .

والحوالة لا يجوز فيها شرط الخيار وإن قلنا : إنها بيع .

وقال الجُورِي : لا يجوز اشتراط خيار الثلاث في المصراة للبائع ؛ لأنه يمنع من الحلب ، وتركه يضر البهيمة .

قوله : (وإنما يجوز في مدة معلومة)^(١) أي : دفعاً للغرر ، فلو شرطه مطلقاً أو قدره بمدة مجهولة . . بطل العقد .

قوله : (لا تزيد على ثلاثة أيام) لأن الأصل : امتناعه ؛ لكونه مخالفاً لوضع البيع ، فإنه يمنع نقل الملك أو اللزوم ، وأثبتناه في الثلاث ؛ للحديث^(٢) ، فلوزاد عليها . . بطل العقد .

ويشترط في المدة : أن تكون جميعها متصلة بالعقد ، فلو شرط الثلاث من

(١) وفي (أ) : (وإنما يجوز ذلك في مدة معلومة) .

(٢) أي : المارّ في أول الفصل .

وَتُحْسَبُ مِنَ الْعَقْدِ ، وَقِيلَ : مِنَ التَّفَرُّقِ .

وَالْأَظْهَرُ : أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ .. فَمِلْكُ الْمَبِيعِ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي .. فَلَهُ ، وَإِنْ كَانَ لهُمَا .. فَمَوْقُوفٌ ، فَإِنْ تَمَّ الْبَيْعُ .. بَانَ أَنَّهُ لِلْمُشْتَرِي مِنْ حِينَ الْعَقْدِ ، وَإِلَّا .. فَلِلْبَائِعِ .

الغد مثلاً أو فرَّقها . لم يصح ، وأن يكون المبيع لا يفسد في المدة ؛ كما صححه في « زوائده »^(١) .

قوله : (وتحسب من العقد) أي : إذا أطلقا ؛ لأن الثبوت بالشرط ، والشرط وجد في العقد (وقيل : من التفرق) لأنه لا فائدة فيه مع خيار المجلس ، وعلى الأصح : إذا مضت المدة وهما مضطجبان .. انقطع خيار الشرط ، وبقي خيار المجلس ، وعكسه عكسه^(٢) .

ولو أسقطا أحدهما . لم يسقط الآخر ، ولو شرطاه من التفرق .. بطل في الأصح .

ويُرد عليه : ما لو شرطاه بعد العقد ، وقيل : التفرق .. فإنه يحسب من حين الشرط ، قاله الزركشي .

ولو اشترى على أنه إن لم ينقده الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع .. بطل البيع ، وقيل : يصح ، ويحمل على شرط الخيار .

قوله : (والأظهر : أنه إن كان الخيار للبائع .. فملك المبيع له ، وإن كان للمشتري .. فله ، وإن كان لهما .. فموقوف ، فإن تم البيع .. بان أنه للمشتري من حين العقد ، وإلا .. فللبائع) لأنه إذا كان الخيار لأحدهما ..

(١) روضة الطالبين (٣/١٠٨-١٠٩) .

(٢) أي : إن تفرقا ولم يضطجبا . انقطع خيار المجلس ، وبقي خيار الشرط .

وَيَحْصُلُ الْفَسْخُ وَالْإِجَازَةُ بِلَفْظٍ يَدُلُّ عَلَيْهِمَا ؛ كَ : فَسَخْتُ الْبَيْعَ ،
وَرَفَعْتُهُ ، وَاسْتَرْجَعْتُ الْمَبِيعَ ، وَفِي الْإِجَازَةِ : أَجَزْتُهُ ، وَأَمْضَيْتُهُ .

وَوُطِئَ الْبَائِعُ وَإِعْتَاقُهُ فَسْخٌ ،

كان هو وحده متصرفاً في المبيع ، ونفوذ التصرف دليل على الملك ، وإذا كان
لهما . . فقد تساويا فتوقفنا .

والثاني : أن الملك للمشتري مطلقاً ؛ لأن البيع قد تم بالإيجاب والقبول ،
وثبوت الخيار فيه لا يمنع الملك ؛ كخيار العيب .

والثالث : أنه للبائع مطلقاً ؛ استصحاباً لما كان .

وحيث حكمنا بالملك فيه لأحدهما . . حكمنا بالثمن للآخر ، وحيث
توقفنا فيه . . فتوقف في الثمن .

والأقوال جارية في خيار المجلس ، وخيار الشرط ، وينبني عليها الملك
في الأكساب ، وما في معناها ؛ كاللبن والبيض والثمرة .

قوله : (ويحصل الفسخ والإجازة بلفظ يدل عليهما ؛ ك : فسخت البيع ،
ورفعته ، واسترجعت المبيع ، وفي الإجازة : أجزته ، وأمضيته) أي :
وما في معنى ذلك ؛ كقوله : رددت الثمن ، وتحصل الإجازة بمضي المدة ،
ويحصل الفسخ بتلف المبيع قبل التفرق .

ولو قال البائع : لا أبيع حتى تزيد في الثمن ، أو حتى تعجله وقد عقد
بمؤجل ، فقال المشتري : لا أفعل . . كان فسخاً ، وكذا لو قال المشتري :
لا أشتري حتى تنقص الثمن أو تؤجله ، فيمتنع البائع .

قوله : (ووطئ البائع وإعتاقه فسخ) أي : إذا كان الخيار لهما أو له
وحده ؛ لتضمنهما الفسخ ، ووطؤه حلال ، وإعتاقه نافذ ، وفي الوطاء وجه :

وَكَذَا بَيْعُهُ وَإِجَارَتُهُ وَتَزْوِيجُهُ فِي الْأَصَحِّ .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ مِنَ الْمُشْتَرِي إِجَازَةٌ ،

أنه لا يكون فسخاً ، ومقدمات الوطاء ؛ كالقُبلة ونحوها ليست بفسخ في الأصح في « أصل الروضة »^(١) ، والأشبه عند ابن الرفعة^(٢) : أنها فسخ ؛ لأنها لا تباح إلا بالملك .

والركوب والاستخدام ليسا بفسخ في الأصح .

قوله : (وكذا بيعه وإجارته وتزويجه في الأصح)^(٣) لدلالاتها على ظهور الندم ، وعلى هذا : يصح البيع الثاني كالعتق ، والثاني : لا يصح ، ولا يكون فسخاً ؛ لأن الأصل : بقاء العقد ، فيستصحبه إلى أن يوجد الفسخ صريحاً .

قال الرافعي : ويجري هذا الخلاف في الوقف والرهن والهبة عند اتصال القبض بهما ، فإن جعلنا هذه التصرفات فسخاً . . كانت صحيحة في الأصح^(٤) .

قوله : (والأصح : أن هذه التصرفات من المشتري إجازة) الإشارة إلى جملة المسائل السابقة ؛ من الوطاء فما بعده ، ومحل الخلاف : في الوطاء والعتق إذا لم يأذن البائع له فيهما ، فإن أذن . . كان إجازة من الطرفين ، ويكون الوطاء حلالاً والعتق نافذاً إذا أذن فيهما البائع ، أو كان الخيار للمشتري وحده .

وأما البيع والإجارة والتزويج وما ألحق بها ؛ فإن لم يأذن فيه البائع . . لم

(١) روضة الطالبين (١١٧/٣) .

(٢) أي : في « المطلب » : كما في « النجم الوهاج » (١٢٠/٤) .

(٣) وفي (أ) : (على الأصح) .

(٤) الشرح الكبير (٢٠٢/٤ - ٢٠٣) .

وَأَنَّ الْعَرْضَ عَلَى الْبَيْعِ وَالتَّوَكُّلَ فِيهِ . . لَيْسَ فسخاً مِنَ الْبَائِعِ ، وَلَا إِجَازَةً مِنَ الْمُشْتَرِي .

فصل

لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ بِظُهُورِ عَيْبٍ قَدِيمٍ ؛ كَخِصَاءِ رَقِيقٍ ،

ينفذ ، لكنه يكون إجازة على الأصح ، وإن أذن أو باع من البائع نفسه . . صح على الأصح .

قوله : (وأن العرض على البيع ، والتوكيل فيه . . ليس فسخاً من البائع ، ولا إجازة من المشتري) وكذا الرهن والهبة بغير قبض ؛ لأنها لا تقتضي إزالة ملك ، وليست بعقود لازمة ، والثاني : نعم ؛ قياساً على الرجوع عن الوصية .

(فصل)

[في خيار النقيصة]

(للمشتري الخيار بظهور عيب قديم) للإجماع ، ولأن رجلاً ابتاع عبداً ثم وجد به عيباً ، فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فرده عليه . صححه الترمذي والحاكم^(١) .

ولا يختص الخيار بالمشتري ، بل يثبت للبائع بظهور العيب في الثمن المعين .

وفوات الوصف المقصود يثبت الخيار كالعيب .

قوله : (كخصاء رقيق) لأن الفحل يصلح لما لا يصلح الخصي له .

(١) سنن الترمذي (١٣٣١) ، المستدرک (١٥ / ٢) ، وأخرجه أبو داود (٣٥١٠) ، وابن ماجه (٢٢٤٣) عن عائشة رضي الله عنها .

وَزَنَاهُ ، وَسَرِقَتِهِ ، وَإِبَاقِهِ ،

والخصاء ممدود ، وهو : سلّ الخُصْية ، قاله الجوهري ، قال : ولا فرق بين أن يقطع الوعاء أو الذكر معها أم لا^(١) .

والجب وهو : قطع الذكر وحده كالخصاء ، قاله الرافعي^(٢) .

والتقييد بالرقيق غير موافق لإطلاق الجرجاني : أن الخصاء في البهيمة عيب أيضاً ، قال الزركشي : والمتجه : أنه ليس بعيب في المأكول ؛ لأنه يجزئ في الأضحية ، ولا في البغال والبراذين ؛ لغلبته فيها .

قوله : (وزناه ، وسرقته ، وإباقه) أي : لتنقيصها القيمة ، سواء كان ذكراً أو أنثى ، أقيم عليه الحدّ أو لا ، صغيراً كان أو كبيراً ، تاب أو لا ، والخيانة كالسرقة واللواط ، وكونه يمكن من نفسه كالزنا .

ولا يشترط في شيء من ذلك التكرار ، بل متى وجد مرة واحدة في يد البائع ، أو من تلقى عنه وإن قدّم . . كان عيباً ، نقله السبكي عن جمهور الأصحاب في الزنا والإباق .

فلو أبق في يد البائع مرة ، ثم أبق في يد المشتري . . فالأصح : أن له الرد ، مميزاً كان أو بالغاً .

قال ابن العماد : ينبغي تقييد محل الخلاف بما إذا تاب عن الإباق ، فإن استمر مصرّاً على الإباق . . ثبت الرد ، ويرجع في ذلك إلى قول العبد ، وبما إذا كان إباقه بغير سبب ، فإن كان لأجل تكليفه من العمل ما لا يطيقه ، أو لجوع ونحوه . . لم يعتبر ذلك .

(١) الصحاح (ص : ٣٠٠) ولم نجد في المطبوع منه قوله : (قال : ولا فرق بين . . .) إلخ .

(٢) الشرح الكبير (٢١١/٤ - ٢١٢) .

وَبَوْلِهِ بِالْفِرَاشِ ، وَبَخْرِهِ ، وَصُنَانِهِ ، وَجِمَاحِ الدَّابَّةِ وَعَضُّهَا ، وَكُلِّ مَا يَنْقُصُ
الْعَيْنَ أَوْ الْقِيَمَةَ نَقْصاً يَفُوتُ بِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ

وينبغي تقييد السرقة بغير مال السيد ، فإن سرق من مال السيد ما يسدّ به
خَلَّتَهُ من جوع ونحوه . . لم يكن عيباً ، وإلا . . احتمال مجيء خلاف فيه ؛ لأنه
لا يخشى عليه بسببه القطع .

قوله : (وبوله بالفراش) أي : ذكراً كان أو أنثى ، إلا أن يكون صغيراً فلا
يكون عيباً ، والأظهر هنا : اعتبار الاعتیاد ، وضبط البغوي الكبير بابن سبع ،
واقصر عليه الرافعي^(١) ، وضبطه القاضي أبو الطيب وغيره ؛ بأن يكون مثله
يحترز منه .

قوله : (وبخره) أي : الناشئ من تغیر المعدة ، دون ما يكون من قَلَح
الأسنان^(٢) ، فإنه يزول بالتنظيف ، كذا قيده الرافعي تبعاً للإمام والغزالي^(٣) ،
واعترض في « الذخائر » : بأن التغير بالقَلَح لا يسمى : بخرأ ، وهو صحيح .

قوله : (وصنانه) أي : رائحة الإبط المستحکم ، دون ما يكون لعارضٍ
عرقٍ ، أو حركة ، أو اجتماع وسخ .

قوله : (وجماح الدابة وعضها) الجماح بالكسر : هو امتناع الدابة على
راكبها ، وكذا إذا كانت رموحاً^(٤) ، أو خشنة المشي بحيث يخاف منها
السقوط ، أو يشرب لبن نفسها ، أو قليلة الأكل .

قوله : (وكل ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح

(١) التهذيب (٤٤٥ / ٣) ، الشرح الكبير (٢١٢ / ٤) .

(٢) القَلَح : صُفْرَةٌ فِي الْأَسْنَانِ . الصَّحَاح (ص : ٨٧٩) .

(٣) الشرح الكبير (٢١٣ / ٤) ، نهاية المطلب (٢٤٦ / ٥ - ٢٤٧) ، الوسيط (١١١ / ٢) .

(٤) وهي : التي ترفس من دَنَّا منها . النجم الوهاج (١٢٤ / ٤) .

إِذَا غَلَبَ فِي جِنْسِ الْمَبِيعِ عَدَمُهُ ، سَوَاءٌ قَارَنَ الْعَقْدَ أَمْ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ ،

إذا غلب في جنس المبيع عدمه (هذا ضابط يُكْتَفَى به عن تفصيل العيوب ، وهو من ذكر العام بعد الخاص ، قال ابن العماد : والصواب : أن يقال : يثبت الرد بكل ما ينقص القيمة نقصاً لا يتغابن بمثله ، أو العين نقصاً يفوت به غرض صحيح . . . إلى آخره .

فنقصان العين أشار به إلى قطع الأنملة ونحوها ، وفوات الغرض قيد في نقص العين .

واحترز به : عما لو قطع من فخذة أو ساقه قطعة يسيرة لا يفوت بها غرض صحيح .

وأما التقييد بالغلبة . . فراجع إلى القيمة والعين ، فاحترز به في القيمة : عن الثيابة في الأمة الكبيرة ، لا ردّها بها وإن نقصت القيمة ، واحترز به في العين : عن قلع الأسنان في الكبير ، لا ردّها به^(١) .

قوله : (سواء قارن العقد) هذا مجمع عليه (أم حدث قبل القبض) لأنه مضمون على البائع عندنا .

وهذا إذا كان التعيب بأفة سماوية أو من البائع أو أجنبي ، فإن كان من المشتري . . فلا خيار له في الأصح ، فيستثنى من قوله أولاً : (للمشتري الخيار)^(٢) ، وكذا إذا لم يعلم بالقديم إلا بعد زواله في الأصح^(٣) ، ويستثنى أيضاً : ما إذا كانت الغبطة في إمساك عين معيبة من مال المفلس والقراض إذا

(١) وفي « النجم الوهاج » (١٢٤ / ٤) : (فلا ردّها بها) و (فلا ردّها به) بالفاء قبل (لا) في الموضعين .

(٢) أي : في أول الفصل .

(٣) أي : وكذا لا خيار إذا لم يعلم بالعيب القديم إلا بعد زواله ؛ لعدم الضرر الآن .

وَلَوْ حَدَثَ بَعْدَهُ . . فَلَا خِيَارَ إِلَّا أَنْ يَسْتَنْدَ إِلَى سَبَبٍ مُتَقَدِّمٍ ، كَقَطْعِهِ بِجَنَائَةٍ
سَابِقَةٍ فَيُثْبِتُ الرَّدُّ فِي الْأَصَحِّ ،

تنازع المالك والعامل ، والوكيل إذا رضى الموكل^(١) .

قوله : (ولو حدث بعده) أي : بعد القبض (. . فلا خيار) أما إذا كان
بعد اللزوم بالتفرق أو التخاير . . فقطعاً ، وإن كان قبل انقضاء الخيار . .
فالوجه : بناؤه على التلف في هذه الحالة ، وفيه طرق ؛ أرجحها عند
الرافعي : إن قلنا : الملك للبائع . . انفسخ ، وإلا . . فلا في الأصح ، فإن
قلنا : ينفسخ . . فحدوث العيب في هذه الحالة كحدوثه قبل القبض ، وإن
قلنا : لا ينفسخ . . فلا أثر لحدوثه^(٢) .

قوله : (إلا أن يستند إلى سبب متقدم) أي : على القبض أو العقد
(كقطعه بجناية سابقة فيثبت الرد في الأصح) أي : إذا لم يكن علم السبب ،
ويكون من ضمان البائع بالنسبة إلى ذلك ؛ إحالةً للهلاك على السبب ،
والثاني : لا يثبت ؛ لأنه قد تسلط على التصرف بالقبض ، فدخل المبيع في
ضمانه ، فعلى هذا : يرجع بالأرش ، وهو ما بين قيمته مستحق القطع وغير
مستحقه ، لكن من الثمن ، وعلى الأول : إذا تعذر الرد . . فالأرش : ما بين
قيمه سليماً وأقطع .

وقوله : (بجناية) يدخل فيه السرقة ، وقطع يد الغير عدواناً ، وفي
معنى القطع : زوال البكارة بزواج متقدم ، وجلده الحد المؤثر فيه لمعصية
متقدمة .

(١) أي : فلا خيار في هذه الصور . راجع « تحفة المحتاج » (٥٣٣ / ٤) ، و« مغني المحتاج »
(٤٢٥ / ٢) .

(٢) الشرح الكبير (٢٠٠ / ٤) .

بِخِلَافِ مَوْتِهِ بِمَرَضٍ سَابِقٍ فِي الْأَصَحِّ .
وَلَوْ قُتِلَ بِرِدَّةٍ سَابِقَةٍ . . ضَمِنَهُ الْبَائِعُ فِي الْأَصَحِّ .

والخلاف قولان ؛ الأول : في « الأم »^(١) ، والثاني : في « الإملاء » .
قوله : (بخلاف موته بمرض سابق في الأصح) الخلاف في هذه الصورة ليس في الرد ، فإنه قد تعذر بموته ، وإنما هو في أن المبيع من ضمان البائع حتى يفسخ أم لا ؟ على طريقين ؛ أحدهما : أنه على الوجهين فيما إذا قتل بالردة ، وأشهرهما : القطع بأنه في ضمان المشتري ؛ لأن المرض يتزايد ، فيحصل الموت بالزائد ، ولا تتحقق إضافته إلى السابق ، فعلى هذا : يرجع بالأرث إن جهل ، وهو : ما بين قيمته صحيحاً ومريضاً ، وإن علم . . فلا شيء .

فعبارة الكتاب ناقصة في التصوير ، وحكاية الخلاف ، قال السبكي :
والخلاف في المرض المخوف ، أما غيره . . فلا ينسب الموت إليه ،
والجراحة السارية ، والحامل إذا مات من الطلق . . فيها الطريقتان .

قوله : (ولو قتل بردة سابقة . . ضمنه البائع في الأصح) هو نظير الخلاف في القطع بجناية سابقة ، لكن الحكم بكونه من ضمان البائع موجب هناك للرد بالعيب ، وهنا لانفساخ البيع ، والرجوع بالثمن في الموضعين ، والحكم بكونه من ضمان المشتري موجب للرجوع بالأرث في الموضعين ، وسبق طريق معرفة الأرث هناك^(٢) ، وهنا يقوم مرتدّاً وغير مرتد ، ويرجع بنسبة التفاوت من الثمن .

هذا إذا لم يعلم بالردة ، فإن علم . . لم يرجع بشيء .

(١) لم أعثر عليه .

(٢) أي : في قوله : (وهو ما بين قيمته مستحق القطع وغير مستحقه) .

وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطٍ بَرَاءَتِهِ مِنَ الْعُيُوبِ . . . فَلَا أَظْهَرَ : أَنَّهُ يَبْرَأُ عَنْ عَيْبٍ بَاطِنٍ بِالْحَيَوَانِ لَمْ يَعْلَمْهُ دُونَ غَيْرِهِ ،

وحكم العبد المحارب والجاني جنائية توجب القصاص . . . كحكم المرتد .
 تنبيه : قال الرافعي : لو اشترى جارية مزوجة عالماً بزواجها . . فلا رد له ،
 فإن وجد بها عيباً قديماً بعد أن افترعها في يده . . فله الرد إن جعلنا العيب الذي
 سببه متقدماً من ضمان البائع ، وإلا . . يرجع بالأرث ، وهو : ما بين قيمتها
 مزوجة ثيباً سليمة ، ومثلها معيبة ؛ يعني : وثيباً معيبة^(١) .

قال في « المهمات » : إن اعتبار الثوبة الحادثة بعد القبض والعقد غير
 مستقيم^(٢) .

قال ابن العماد : إنما اعتبر الثيابة ؛ لأن قاعدة الرجوع بالأرث : أن ينسب
 إلى أقل قيمة من يوم العقد إلى القبض على الأصح ، والأمة كانت فيهما بكرأ ،
 لكن لما علم المشتري بزواجها ورضي . . سقط اعتبار البكارة برضاه ، فوجب
 اعتبار قيمتها ثيباً من حين العقد إلى حين القبض وإن كانت بكرأ فيهما ؛ لأننا لو
 اعتبرناها بكرأ . . لألزمنا البائع ما لم يلزمه .

قوله : (ولو باع بشرط براءته من العيوب . . فلا أظهر : أنه يبرأ عن عيب
 باطن بالحيوان لم يعلمه) أي : البائع ؛ لأن الحيوان يتغذى بالصحة والسقم ،
 فقل ما يخلو عن عيب خفي ، فيحتاج البائع إلى الشرط .

قوله : (دون غيره) يعني : فعلى الأظهر : لا يبرأ عن غير الباطن ، وهو
 الظاهر وإن كان من حيوان ، ولا عن غير الحيوان ؛ كالعقار والثياب ، ولا عن

(١) الشرح الكبير (٢٢٠/٤) ، وفيه : (بعد أن افترض في يده) بدل (بعد أن افترعها في
 يده) ، وهما بمعنى ، راجع المعاجم اللغوية .

(٢) المهمات (١٨٩/٥) .

وَلَهُ مَعَ هَذَا الشَّرْطِ الرَّدُّ بِعَيْبٍ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ ،

غير الذي لم يعلمه وهو المعلوم وإن كان من باطن الحيوان ؛ لأن ابن عمر :
 باع عبداً من زيد بن ثابت بشرط البراءة ، فبان به عيب ، فأبى أن يرده ، فقال
 عثمان : تحلف أنك لم تعلم به ذلك ؟ فقال : لا ، فرده عليه^(١) . دل قضاء
 عثمان على أنه يبرأ من عيب الحيوان الذي لم يعلم به .

والثاني : يبرأ مطلقاً ؛ لأن خيار العيب إنما يثبت لاقتضاء مطلق العقد
 السلامة ، فإذا صرح بالبراءة . . ارتفع الإطلاق .

والثالث : لا يبرأ مطلقاً ؛ لأن الرد ثابت بالشرع ، فلا ينتفي بالشرط ؛
 كسائر مقتضيات العقد .

ولو قال : بشرط ألا يردّ . . جرى هذا الخلاف .

واحترز بقوله : (من العيوب) : عما لو عيّن بعضها ، وشرط البراءة منه ،
 فإن كان لا يُعَاين ؛ كالزنا والسرقة والإباق . . برئ منه قطعاً ، وإن كان مما
 يُعَاين ؛ كالبرص فإن أراه إياه . . فكذلك^(٢) ، وإن لم يُره . . فكشروط البراءة
 مطلقاً .

ولا فرق في الحيوان بين العبد الذي يخبر عن نفسه وغيره ، ولا في غير
 الحيوان بين ما مأكوله في جوفه^(٣) أو لا ، ومنهم من ألحق مأكول الجوف
 بالحيوان ، قاله الزركشي .

قوله : (وله مع هذا الشرط الرد بعيب حدث قبل القبض) أي : عند إطلاق

(١) أخرجه مالك (١٣٤١) ، والبيهقي في « الكبير » (١٠٨٨٨) عن سالم بن عبد الله رحمه الله تعالى .

(٢) أي : برئ منه . راجع « تحرير الفتاوي » (٧٤٢ / ١) .

(٣) كالبطيخ والزجاج والرمان والجوز واللوز . الشرح الكبير (٢٦٠ / ٤) .

وَلَوْ شَرَطَ الْبَرَاءَةَ عَمَّا يَحْدُثُ . . لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ .
 وَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي أَوْ أَعْتَقَهُ ثُمَّ عَلِمَ بِالْعَيْبِ . . رَجَعَ
 بِالْأَرْشِ ،

الشرط ؛ لانصرافه إلى الموجود ولا خلاف في ذلك .
 ولو اختلفا في القدم . . ففي المصَدَّقَ منهما وجهان في « الحاوي »^(١) ،
 ولو اختلفا فقال البائع : بشرط البراءة ، وأنكر المشتري . . تحالفا .

قوله : (ولو شرط البراءة عما يحدث) تصويره ناقص فإن الخلاف في
 شرط البراءة (. . لم يصح في الأصح) يعني : وإن شرط البراءة من العيوب
 الموجودة والتي ستحدث . . فالأصح : أنه لا يصح ؛ لأنه إسقاط للشيء قبل
 ثبوته ، وعلى هذا : قال القاضي حسين : يبطل البيع ، والثاني : يصح بطريق
 التَّبَعِ ، فإن أفرد الحادث . . فهو أولى بالبطان ؛ كما قاله الرافعي^(٢) .

قوله : (ولو هلك المبيع عند المشتري ، أو أعتقه ثم علم بالعيب . . رجع
 بالأرشف) لأنه أيس من الرد ، فتعين الأرشف لدفع الضرر ، ولا فرق بين هلاكه
 بنفسه وبفعل المشتري ؛ كأكله الطعام ، ولا بين أن يكون العتق بغير القرابة
 والشرط ، أو بهما كما صححه السبكي .

ويستثنى من إطلاقه : ما إذا كان المبيع التالف ربوياً قد بيع بجنسه . . فإنه
 يمتنع عليه أخذ الأرشف على الأصح ، بل يفسخ العقد ، ويسترد الثمن ، ويغرم
 بدل التالف ، فلو لم يتلف بل تعيب عنده . . فالأصح : يفسخ البيع ، ويرد
 المبيع ، ويغرم أرشف النقص الحادث .

(١) الحاوي الكبير (٢٤٤ / ٦) .

(٢) الشرح الكبير (٢٤٤ / ٤) .

وَهُوَ : جُزْءٌ مِنْ ثَمَنِهِ نِسْبَتُهُ إِلَيْهِ نِسْبَةُ مَا نَقَصَ الْعَيْبُ مِنَ الْقِيَمَةِ لَوْ كَانَ سَلِيمًا ،

ويستثنى : ما لو كان العيب الخصاء .. فلا أرش ؛ لأنه لم ينقص القيمة .

قوله : (وهو : جزء من ثمنه نسبته إليه نسبة ما نقص العيب من القيمة لو كان سليماً) يعني : أن الأرش جزء من ثمن المبيع ، نسبة ذلك الجزء إلى الثمن نسبة الذي نقصه العيب من القيمة لو كان المبيع سليماً إلى تمام قيمة السليم ؛ مثاله : إذا كانت القيمة دون العيب مئة ، ومع العيب تسعين .. فالتفاوت بين القيمتين بالعشر ، فيكون الأرش عُشر الثمن .

وفي « المحرر » بعد قوله : (سليماً) (إلى تمامها)^(١) أي : تمام القيمة ، ولا بد منه ، ولا يستغنى عنه بقوله : (لو كان سليماً) لأن النسبة تستدعي منسوباً ومنسوباً إليه ، فالجزء من الثمن الذي يقصد استرداده نظير القدر الناقص بالعيب من قيمة السليم ، والثمن نظير قيمة السليم ، فذلك القدر منسوب إليهما نسبة معلومة بالتقويم ، والجزء منسوب من الثمن نسبة كتلك النسبة بها يعرف .

وقوله : (من القيمة) متعلق بـ (نقص) ، فلو ترك قوله : (إلى تمامها) .. لبقى قوله : (نسبة ما نقص) بغير متعلق .

وإنما لم يجعل الأرش هنا ما نقص من القيمة ؛ كما في الغصب والسوم والجناية ؛ لأنه قد يساوي الثمن ، فيجمع للمشتري الثمن والمثمن .

فائدة : سمي المأخوذ أرشاً ؛ لتعلقه بالأرش ، وهو الخصومة ؛ من

(١) عبارة « تحرير الفتاوي » : (زاد في « المحرر » بعد قوله : « القيمة » : « إلى تمامها ») ، وهو أوفق لما في « المحرر » (٤٨٤ / ١) فبارته : (وهو : جزء من الثمن نسبته إليه نسبة ما ينقص العيب من القيمة إلى تمامها لو كان سليماً) . والله أعلم .

وَالْأَصَحُّ : اِعْتِبَارُ أَقْلٍ قِيَمِهِ مِنْ يَوْمِ الْبَيْعِ إِلَى الْقَبْضِ .

قولهم : أرشئت بينهما : إذا أوقعت بينهما الشر ، قاله ابن قتيبة^(١) .

قوله : (والأصح : اعتبار أقل قيمه من يوم البيع إلى القبض) إذا اختلفت القيمة ما بين البيع إلى القبض . . فأرجح الطريقين : القطع باعتبار أقل القيمتين يوم البيع والقبض ؛ لأن القيمة إن كانت يوم البيع أقل . . فالزيادة حدثت في ملك المشتري ، وإن كانت يوم القبض أقل . . فما نقص من ضمان البائع ، والثانية : فيها ثلاثة أقوال ؛ أصحها : هذا ، والثاني : أن الاعتبار بيوم العقد والقبض ، والثالث : بيوم القبض .

وكلام الكتاب يقتضي : اعتبار النقصان الحاصل بين العقد والقبض ، وهو مخالف لأصوله^(٢) ، لكن هي عبارة البغوي^(٣) ، قال السبكي : وفيه نظر ؛ لأن النقص الحادث قبل القبض إذا زال قبل القبض . . لم يضمن ؛ لأنه لا خيار به . وقوله : (قيمه) يجوز أن يقرأ منوناً على أنه مفرد ، وأن يقرأ بفتح الياء ، وترك التنوين على أنه جمع^(٤) .

وكان الأولى تعبيره بـ : المذهب^(٥) .

(١) غريب الحديث (٢٩ / ١) .

(٢) عبارة « تحرير الفتاوي » (٧٤٤ / ١) : (يقتضي اعتبار النقص الحاصل بينهما ، وبه صرح في « الدقائق » ، لكن الذي في « المحرر » و« الشرح » و« الروضة » : أقل القيمتين من يوم البيع ويوم القبض) ، قال في « تحفة المحتاج » (٥٥٣ / ٤) : (وما صرح به ؛ من اعتبار ما بين الوقتين . . هو المعتمد وإن نازع فيه جمع) ، والمراد بـ (أصوله) : كتبه المبسوطة . راجع « مغني المحتاج » (٤٣٥ / ٢) .

(٣) التهذيب (٤٥٢ / ٣) ، وعبارته : (بأقل القيمتين من يوم البيع إلى يوم القبض) .

(٤) قال في « تحفة المحتاج » (٥٥٣ / ٤) : (جمع قيمة ؛ ومن ثم ضبطه بخطه بفتح الياء) .

(٥) قال في « تحرير الفتاوي » : (وفي تعبيره بـ « الأصح » مناقشة ؛ لأن المرجح : القطع به ، فينبغي التعبير بالمذهب) .

وَلَوْ تَلَفَ الثَّمَنُ دُونَ الْمَبِيعِ . . رَدَّهُ وَأَخَذَ مِثْلَ الثَّمَنِ أَوْ قِيَمَتَهُ .
وَلَوْ عَلِمَ الْعَيْبَ بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِهِ إِلَى غَيْرِهِ . . فَلَا أَرَشَ فِي الْأَصَحِّ ، . . .

قوله : (ولو تلف الثمن دون المبيع . . رده وأخذ مثل الثمن أو قيمته)
يعني : إذا تلف الثمن ، واطلع المشتري على عيب بالمبيع . . رده ؛ لوجوده
خالياً عن الموانع ، وأخذ مثل الثمن إن كان مثلياً ، وقيمه إن كان متقوماً ؛
لأنه لو كان باقياً . . لا يستحقه ، فإذا تلف . . ضمنه بذلك .

والمعتبر : أقل قِيَمِهِ من يوم العقد إلى القبض ، كذا عبر به الرافعي هنا تبعاً
للبنغوي^(١) ؛ اعتباراً للحالة المتوسطة ، على خلاف ما عبر به في الأرش ، قال
الإسنوي : والصواب : التسوية .

وخروج الثمن عن ملك البائع كتلفه ، ولو خرج وعاد . . فليس له إيداله في
الأصح ، بل يتعين لقبض المشتري .

قوله : (ولو علم العيب بعد زوال ملكه إلى غيره . . فلا أرش في الأصح)
يعني : إذا علم المشتري العيب بعد زوال ملكه والمبيع باق في يد الثاني . . فلا
أرش له على الأصح المنصوص ، سواء زال بعوض أو غيره ؛ لأنه لم يئأس من
الرد ، والثاني : يرجع به ؛ لتعذر الرد ، والثالث : إن زال بعوض . . لم
يرجع ؛ لأنه استدرك الظلامة وغبّن غيره ، وإن زال مجاناً . . رجع ، وقطع
الجمهور بالأول ، فحقه : التعبير بـ : المذهب ، قاله الزركشي .

ولو تلف عند الثاني ، وأعتقه وأخذ الأرش . . فلأول الرجوع بالأرش على
بائعه قطعاً ، وإن لم يأخذ . . فكذلك في الأصح .

(١) الشرح الكبير (٢٤٦/٤) ، التهذيب (٤٥٢/٣) ، قال في « مغني المحتاج »
(٤٣٦/٢) : (كما في « الروضة » و« أصلها » ، وهو يخالف ما تقدّم عنهما في الأرش ،
لكنه يوافق ما في الكتاب هناك) .

فَإِنْ عَادَ الْمَلِكُ . . فَلَهُ الرَّدُّ ، وَقِيلَ : إِنْ عَادَ بِغَيْرِ الرَّدِّ بَعِيْبٌ . . فَلَا رَدَّ .
وَالرَّدُّ عَلَى الْفَوْرِ ، فَلْيُبَادِرْ عَلَى الْعَادَةِ .

وقوله : (بعد زوال ملكه) يلتحق به ما إذا باع البعض ، ثم علم العيب ،
وفي « البويطي » : فيه قولان ؛ أحدهما عند الجمهور : لا أرش أيضاً ؛ لعدم
الْيَأْس ، والثاني : يجب قسطه من الأرش ، وصححه البغوي^(١) .
وخرَّج به : ما لو رهنه ثم علم العيب . . فلا ردّ ولا أرش في الأصح ، قاله
الزرکشي .

قوله : (فإن عاد الملك . . فله الرد) لإمكانه (وقيل : إن عاد بغير الرد
بعيب) أي : كهبة وإقالة وارث (. . فلا رد) لأن استدراك الظلامة زال فيما
إذا عاد بالرد ، ولم يزل إذا عاد بغيره .

ولا بد من لفظ يدل على الرد ، فيقول : رددت المبيع ، أو : فسخت
العقد ، وما أشبه ذلك .

قوله : (والرد على الفور) لأن الأصل في البيع : اللزوم ، فإذا أمكنه الرد
وقصّر . . سقط ، فلو ادعى الجهل بأن له الرد . . قبل ولم يسقط حقه إذا كان
قريب العهد بالإسلام ، أو نشأ ببادية بعيدة ، وكذا لو ادعى أنه لا يعرف كونه
على الفور عند الرافي ، وقال المصنف : إنما يقبل ممن يخفى على مثله^(٢) .

واعتبار الفور إنما هو في المعيّن ، أما الواجب في الذمة ببيع أو سلم إذا
قبض فوجد معيباً . . فلا يعتبر الفور فيه ؛ كما قاله الإمام^(٣) .

قوله : (فليبادر على العادة) أي : فلا يؤمر بالعدو والركض

(١) مختصر البويطي (ص : ٧٤٦) ، التهذيب (٤٥٥ / ٣) .

(٢) الشرح الكبير (٢٥٣ / ٤) ، روضة الطالبين (١٣٩ / ٣) .

(٣) نهاية المطلب (٣٩٤ / ١٦ - ٣٩٥) .

فَلَوْ عَلِمَهُ وَهُوَ يُصَلِّي أَوْ يَأْكُلُ . . فَلَهُ تَأْخِيرُهُ حَتَّى يَفْرُغَ ، أَوْ لَيْلًا . . فَحَتَّى يُصْبِحَ .

فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ بِالْبَلَدِ . . رَدَّهُ عَلَيْهِ بِنَفْسِهِ أَوْ وَكِيلِهِ أَوْ عَلَى وَكِيلِهِ ،

(فلو علمه وهو يصلي أو يأكل . . فله تأخيرته حتى يفرغ) لأنه لا يُعَدُّ مقصراً ، ومثلهما قضاء الحاجة ، وصرح بها « المحرر »^(١) ، والحمام ، وكذا لو علمه وقد دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها ، أو لبس ثوبه ، أو أغلق بابه ، ولا فرق في الصلاة بين الفرض والنفل على الصحيح .

قوله : (أو ليلاً . . فحتى يصبح) قاله الماوردي والرافعي^(٢) ، وأفهم كلام المتولي : تقييده بما إذا لم يتمكن من الحاكم ولا الشهود ولا البائع ، وصرح به ابن الرفعة ، وقال : إن تمكن من المسير بغير كلفة . . فلا فرق بينه وبين النهار .

قوله : (فإن كان البائع بالبلد . . رده عليه) أي : سواء باع عن نفسه أو عن غيره ؛ لأنه الأصل ، وإذا كان وكيلاً . . يردّ على موكله أيضاً إذا قلنا : يطالب بالعهد ، وهو الصحيح^(٣) .

قوله : (بنفسه أو وكيله) أي : إذا لم يحصل بالتوكيل تأخير .

قوله : (أو على وكيله) أي : وكيل البائع ؛ لأن الموكل أقامه مقام نفسه .

(١) المحرر (٤٨٥/١) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٣٢/٦) ، الشرح الكبير (٢٥١/٤) .

(٣) قال في « البيان » (٤٦٠/٦) : (وإن وكله في بيع سلعة وقبض ثمنها ، فباعها وقبض ثمنها ، وتلف في يده من غير تفريط ، واستحق المبيع . . رجّع المشتري بالعهد على الموكل دون الوكيل ؛ لأن البيع للموكل فكانت العهدة عليه) بتصرفٍ يسير .

وَلَوْ تَرَكَهُ وَرَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ . . فَهُوَ آكَدُ ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا . . رَفَعَ إِلَى الْحَاكِمِ .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ يَلْزِمُهُ الْإِشْهَادُ عَلَى الْفَسْخِ إِنْ أَمْكَنَهُ حَتَّى يُنْهِيَهُ

قوله : (ولو تركه ورفع الأمر إلى الحاكم . . فهو آكد) لأنه قد يحتاج إلى المرافعة إليه ، فيكون الإتيان أولاً فاصلاً للأمر .

قال الرافعي : والتخير بين هذه الثلاثة هو الذي فهمته من كلام الأصحاب ؛ يعني : البائع أو وكيله أو الحاكم^(١) ، وقال الإمام : المذهب : أن العدول إلى الحاكم مع وجود الخصم تقصير^(٢) .

وعبارة « المحرر » : (رده بنفسه أو وكيله عليه أو على وكيله)^(٣) أوضح وأشمل ؛ لأنها كما تُفِيدُ التَّخِيرَ بين نفسه ووكيله في حالة الردّ على البائع . . تُفِيدُهُ أيضاً في حالة الردّ على وكيله .

قوله : (وإن كان غائبًا . . رفع إلى الحاكم) أي : ولا يؤخر لقدم البائع ولا للمسافرة إليه .

وإطلاق المصنف الغيبة تبعاً للرافعي يدخل فيه قليل المسافة وكثيرها ، وعلله في « المطلب »^(٤) بأن في تكليف الخروج عن البلد مع وجود الحاكم حرجاً .

قوله : (والأصح : أنه يلزمه الإشهاد على الفسخ إن أمكنه حتى ينهيه

(١) الشرح الكبير (٢٥٢ / ٤) .

(٢) نهاية المطلب (٢٤٩ / ٥) .

(٣) المحرر (٤٨٦ / ١) .

(٤) وفي (أ) : (وعَلَّله المطلب) .

إِلَى الْبَائِعِ أَوْ الْحَاكِمِ ، فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْإِشْهَادِ . . لَمْ يَلْزَمُهُ التَّلَفُّظُ بِالْفَسْخِ فِي الْأَصَحِّ .

وَيُشْتَرَطُ تَرْكُ الِاسْتِعْمَالِ ، فَلَوْ اسْتَخْدَمَ الْعَبْدَ أَوْ تَرَكَ عَلَى الدَّابَّةِ سَرْجَهَا أَوْ إِكَافَهَا . . بَطَلَ حَقُّهُ ،

إلى البائع أو الحاكم (لأنه الممكن ، والثاني : لا يلزمه ؛ لأنه إذا كان طالباً للمالك أو الحاكم لا يعدّ مقصراً .

نعم ؛ إذا أشهد على نفس الفسخ . . ينبغي أن ينفذ ، ولا يحتاج بعده إلى إتيان البائع أو الحاكم إلا للتسليم وفصل الخصومة ، فإن الفسخ عندنا لا يتوقف لا على الخصم ولا على الحاكم ، قاله السبكي .

قوله : (فإن عجز عن الإشهاد . . لم يلزمه التلفظ بالفسخ في الأصح) لأنه ربما يتعذر ثبوته ، فيتضرر المشتري بالسلعة^(١) ، والثاني - ونقله في « التتمة » عن عامة الأصحاب - : أنه يجب ؛ ليبادر بحسب الإمكان .

ومقتضى كلام الرافعي والمصنف : أنه لا فرق في جريان الخلاف بين أن يكون ذلك لعذر ؛ من مرض ونحوه ، أو لا يكون لعذر إلا أنه لم يجد من يردّ بحضرته ، فقعد ينتظره ، أو كان سائراً إليه^(٢) .

قوله : (ويشترط ترك الاستعمال ، فلو استخدم العبد أو ترك على الدابة سرجها أو إكافها) في سيره للرد ، أو في المدة التي يغتفر التأخير فيها (. . بطل حقه) أي : إذا لم يحصل بنزعه ضرر للدابة لإشعاره بالرضا ، وقيل : لا يضر الاستعمال اليسير ؛ ك : اسقني ، أو : أغلق الباب ، وقيل : تجوز

(١) قال في « تحفة المحتاج » (٥٦٥ / ٤) : (بل فيه ضرر عليه ؛ فإن المبيع ينتقل به لملك البائع ، فيتضرر ببقائه عنده) .

(٢) الشرح الكبير (٢٥٢-٢٥٣) ، روضة الطالبين (١٣٩ / ٣) .

وَيُعْذَرُ فِي رُكُوبِ جَمُوحٍ يَعْسُرُ سَوْقُهَا وَقَوْدُهَا .

وَإِذَا سَقَطَ رَدُّهُ بِتَقْصِيرٍ . . . فَلَا أَرَشَ .

وَلَوْ حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ . . . سَقَطَ الرَّدُّ قَهْرًا ، ثُمَّ إِنْ رَضِيَ بِهِ الْبَائِعُ . . . رَدَّهُ
الْمُشْتَرِي أَوْ قَنَعَ بِهِ ،

الانتفاعات ما لم يدلّ على الرضا ؛ كوطء الثيب ولبس الثوب ، واختاره
السبكي ؛ لأن حق الرد ثابت ، ولا يسقط إلا بما تتحقق دلالته على الرضا .

قوله : (ويعذر في ركوب جموح يعسر سوقها وقودها) للحاجة ، وإن
أمكنه أن يسوقها أمامه ، أو يقودها خلفه . . . لم يعذر في الركوب ، وقيل :
يعذر فيه للرد مطلقاً ، وله سقي الدابة وعلفها قطعاً ، وحلبها بشرط أن تكون
سائرة ، ولو لبس الثوب ثم عيبه في الطريق . . . لم يكلف نزعها ؛ لأنه غير
معتاد ، بخلاف النزول عن الدابة .

قوله : (وإذا سقط رده بتقصير . . . فلا أرش) لأن الرد هو حقه الأصلي ،
والأرش إنما عدل إليه ؛ للضرورة ، فلا يثبت للمقصر .

قوله : (ولو حدث عنده عيب . . . سقط الرد قهراً) أي : الرد القهري ؛
لأنه أخذه بعيب ، فلا يرده بعييّن من غير رضا .

وكل عيب يوجب الرد على البائع يمنع الرد إذا حدث عند المشتري ،
وما لا . . . فلا .

ولو علم العيب القديم بعد زوال الحادث . . . فله الرد على الصحيح ، خلافاً
لإطلاقه .

قوله : (ثم إن رضي به البائع) أي : بلا أرش عن الحادث (. . . رده
المشتري أو قنع به) أي : بلا أرش عن القديم ؛ لأن المانع من الرد وهو ضرر

وَالْإِلَّا . . . فَلَیْضُمُّ الْمُشْتَرِي أَرْشَ الْحَادِثِ إِلَى الْمَبِيعِ وَيَرُدُّ ، أَوْ يَغْرُمُ الْبَائِعُ أَرْشَ الْقَدِيمِ وَلَا يَرُدُّ ، فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَحَدِهِمَا . . . فَذَاكَ ، وَالْإِلَّا . . . فَلَا أَصَحُّ : إِجَابَةُ مَنْ طَلَبَ الْإِمْسَاكَ .

وَيَجِبُ أَنْ يُعْلِمَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ عَلَى الْفَوْرِ بِالْحَادِثِ لِيَخْتَارَ ،

البائع - قد زال برضاه به ، فصار كما لو لم يحدث فيه عيب .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يرض البائع به معيباً (. . . فليضم المشتري أرش الحادث إلى المبيع ويرد ، أو يغرم البائع أرش القديم ولا يرد) لأن كلاً من المَسْلُوكَيْنِ فيه جمع بين المصلحتَيْنِ (فإن اتفقا على أحدهما . . . فذاك) لأن الحق لهما (وإلا . . . فالأصح : إجابة من طلب الإمساك) أي : وهو الذي يطلب الرجوع بأرش العيب القديم ، بائعاً كان أو مشترياً ؛ لما فيه من تقرير العقد ، والثاني : يجاب المشتري ، سواء طلب الإمساك أو الفسخ ؛ لأن البائع قد لبس عليه ، والثالث : يجاب البائع ؛ لأنه إما غارمٌ أو آخذٌ ما لم يرد العقد عليه .

ومحل الخلاف : إذا لم يكن المبيع ربوياً قد بيع بجنسه ، فإن كان . . . فقد سبق أن الأصح : أنه يفسخ البيع ويرد المبيع ، ويغرم أرش النقص الحادث^(١) ، والأصح : أنه لا يجوز أخذ أرش العيب القديم بالتراضي إذا لم يحدث عيب ، وهنا يجوز اتفاقاً .

ولو زال القديم قبل أخذ أرشه . . . لم يأخذه على الصحيح ، وبه جزم الرافعي ، وإن زال بعد أخذه . . . رده ، وقيل : لا^(٢) .

قوله : (ويجب أن يعلم المشتري البائع على الفور بالحادث ليختار) أي :

(١) أي : في شرح قول المتن : (ولو هلك المبيع عند المشتري . . .) إلخ من هذا الفصل .

(٢) الشرح الكبير (٢٥٦/٤) .

فَإِنْ أَخْرَإَعْلَامَهُ بِلَا عُدْرٍ . . فَلَا رَدَّ وَلَا أَرَشَ .
وَلَوْ حَدَثَ عَيْبٌ لَا يُعْرَفُ الْقَدِيمُ إِلَّا بِهِ ؛ كَكَسْرِ بَيْضٍ وَرَانِجٍ ، وَتَقْوِيرِ
بَطِيخٍ مُدَوَّدٍ . . رَدَّ وَلَا أَرَشَ عَلَيْهِ فِي الْأَظْهَرِ .

هل يقبله بلا أرش أو لا (فإن أخر إعلامه بلا عذر . . فلا رد ولا أرش) كما في
الرد حيث جوزناه له .

نعم ؛ لو كان العيب الحادث قريب الزوال غالباً ؛ كالرَّمَدَ والحُمَى . . ففي
اشتراط الفور قولان من غير تصحيح^(١) .

قوله : (ولو حدث عيب لا يعرف القديم إلا به ؛ ككسر بيض ، ورانج ،
وتقوير بطيخ مدود . . رد ولا أرش عليه في الأظهر) لأنه معذور في تعاطيه
لاستكشاف العيب ، فيكون ذلك من ضمان البائع ؛ لتسليطه بالبيع عليه ،
والثاني : يرد ويرد معه الأرش ؛ رعاية للجانبين ، والثالث : لا يرد ؛ كسائر
العيوب الحادثة .

وقوله : (في الأظهر) عائد على الرد وعدم الأرش .

والرانج : الجوز الهندي ، والمشهور فيه : كسر النون ، ومدود : بكسر
الواو .

والمراد بالبيض : بيض النعام ، فإنه تبقى له بعد كسره قيمة ، بخلاف بيض
الدجاج ونحوه ، فإنه لا قيمة لمذره بعد الكسر ، فلا يتأتى فيه الأرش ،
وبالمدود : ما دود بعضه ، حتى تكون له بعد الكسر قيمة ، فأما بيض
الدجاج ، والبطيخ المدود جميعه . . فيبطل العقد فيهما على المذهب ، ويرجع
بجميع الثمن لو روده ، على غير متقوم .

(١) قال في « تحفة المحتاج » (٥٧٥ / ٤) : (لم يضرّ انتظاره ليرده سالماً على الأوجه) .

فَإِنْ أُمِّكَنْ مَعْرِفَةُ الْقَدِيمِ بِأَقْلٍ مِمَّا أَحْدَثَهُ . . فَكَسَائِرِ الْعُيُوبِ الْحَادِثَةِ .
 فرع : اشترى عبدين معيَّنين صفقة . . ردَّهما ، ولو ظهر عيبُ
 أحدهما . . ردَّهما لا المَعِيبَ وَحْدَهُ فِي الْأَظْهَرِ .

قوله : (فإن أمكن معرفة القديم بأقل مما أحدثه) أي : كما لو كان البطيخ
 حامضاً فقوّر^(١) فإن الحموضة تعلم بغرز إبرة فيه ؛ كما قاله في « المحرر »^(٢)
 (. . فكسائر العيوب الحادثة) لعدم الحاجة إليه ، وقيل : لا ؛ لمشقة
 التمييز .

قوله : (فرع : اشترى) أي : من رجل واحد (عبدين معيَّنين صفقة . .
 ردهما) أي : كالعين الواحدة ، فلو أراد أفراد أحدهما بالرد وهما باقيان في
 ملكه . . فطريقان ؛ أحدهما : القطع بالمنع ، والثاني : إجراء القولين فيما لو
 كان العيب بأحدهما ، واقتصر عليها الرافعي^(٣) .

قوله : (ولو ظهر عيب أحدهما . . ردهما) لاشتمال الصفقة على العيب ،
 وقيل : إذا جوزنا أفراد المعيب . . لم يجز ردهما (لا المعيب وحده في
 الأظهر) لما فيه من تفريق الصفقة على البائع ، والثاني : له ذلك ؛ لاختصاصه
 بالعيب .

وإطلاق المصنف يقتضي : المنع أيضاً فيما إذا أراد ردَّ أحدهما بعد تلف
 الآخر أو بيعه ، وفيه خلاف ، قال السبكي : الأصح : أن له الرد في التلف
 لا في البيع .

وقول المصنف : (عبدين) تصوير أشار به إلى أن يكون المبيع شيئين

(١) وفي (أ) قوله : (على غير متقوم . .) إلى قوله : (فقوّر) غير موجود .

(٢) المحرر (١ / ٤٨٧ - ٤٨٨) .

(٣) الشرح الكبير (٤ / ٢٧٢) .

وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدٌ رَجُلَيْنِ مَعِيًّا . فَلَهُ رَدُّ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، وَلَوْ اشْتَرَاهُ . .
فَلَأَحَدِهِمَا الرَّدُّ فِي الْأَظْهَرِ .

لا تتصل منفعة أحدهما بالآخر ، فأما زوجا الخف ، ومصراعا الباب . .
فالمشهور : القطع بمنع الأفراد .

ولو اشترى عبداً واحدة متقومة صفقة ؛ كدار ، فوجد بها عيباً وهي باقية في ملكه . . ليس له رد بعضها ؛ كما جزم به الرافعي ، وإن كان باع بعضها لغير البائع . . فكذاك^(١) .

والصحيح : جواز التفريق فيما لا ينقص بالتبعض ؛ كالحبوب .

قوله : (ولو اشترى عبد رجلين فبان معيًّا . . فله رد نصيب أحدهما) لأن
الصفقة تتعدد بتعدد البائع .

قوله : (ولو اشترياه) أي : إذا اشترى اثنان مبيعاً من رجل واحد (. .
فلأحدهما الرد في الأظهر) لأنه رد جميع ما ملكه ، والثاني وهو قديم مرجوع
عنه - : ليس له الانفراد بالرد .

وعبارة الكتاب تقتضي : أنهما اشترى عبد رجلين ، فتكون الصفقة في حكم
أربعة عقود ، ويكون كل واحد منهما مشترياً للرُّبُع من هذا والرُّبُع من ذاك ، وله
أن يردّ على أحد البائعين ، وهو صحيح^(٢) ، لكن مسألة « المحرر » أن يشتري
اثنان عبد الواحد^(٣) .

(١) الشرح الكبير (٢٧٢/٤) .

(٢) قال في « تحفة المحتاج » (٥٨٠/٤) : (ولا يصحّ حمل المتن عليه بجعل الضمير عائداً
على قوله « عبد رجلين » لأن هذه لا خلاف فيها ؛ للتعدد بتعدد البائع قطعاً) .

(٣) المحرر (٤٨٨/١) .

وَلَوْ اِخْتَلَفَا فِي قِدَمِ الْعَيْبِ . . صُدِّقَ الْبَائِعُ بِيَمِينِهِ

قوله : (ولو اختلفا في قدم العيب . . صدق البائع بيمينه) أي : إذا ادّعى الحدوث ؛ لأن الأصل : لزوم العقد ، وعدم العيب في يده .

ولو باع بشرط البراءة ، فادعى المشتري الحدوث قبل القبض حتى يردّ به ، وادّعى البائع القدم . . بناها الماوردي على التعليلين أن الأصل : اللزوم ، أو عدم العيب في يد البائع^(١) ، وجزم الرافعي بأن العلة : لزوم العقد ، فيكون القول قول البائع أيضاً^(٢) .

ولا يخفى أن الكلام في عيب يمكن حدوثه وقدمه ، أما إذا لم يمكن حدوثه بعد البيع ؛ كالإصبع الزائدة . . فالقول قول المشتري ، وإن لم يحتمل تقدّمه ؛ كجراحة طرية . . فالقول قول البائع من غير يمين .

ولو ادعى المشتري وجود عيبين في يد البائع ، فاعترف بأحدهما ، وادعى حدوث الآخر في يد المشتري . . فالقول قول المشتري ؛ كما قاله ابن القطان ؛ لأن الرد يثبت بإقرار البائع بأحدهما ، فلا يبطل بالشك ، قال في « المهمات » : وجعلها قاعدة : حيث كان العيب يُثبت الرد . . صدّق البائع ، وحيث كان يُبطله . . صدّق المشتري^(٣) .

قال ابن العماد : ما قاله ابن القطان فيه شذوذ ؛ لأننا إذا صدّقنا المشتري في عدم الحدوث . . أثبتنا له الرد وفي ذلك فسخ للعقد ؛ فلا يصدق ، ويصدق البائع ؛ لدعواه إمضاء العقد ، ويوافقه الأصل بأن كل حادث يقدر في أقرب

(١) الحاوي الكبير (٢٣٠ / ٦) .

(٢) الشرح الكبير (٢٧٤ / ٤) .

(٣) المهمات (٢٠٥ / ٥) .

عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ .

زمان ، ويغرم أرش ما اعترف بقدمه للمشتري .

وقوله : (وحيث كان يبطله . . صدق المشتري) صحيح ، لكن حيث ثبت الرد ، وذلك بأن يعترف البائع أنه كان عنده ، ثم يدعي على المشتري العلم به حال الشراء ، وأما في هذه الصورة . . فممنوع ؛ لأن الرد لم يثبت حتى يدعي البائع إبطاله ، فإنه إنما يثبت باعتراف البائع بأن العيبين كانا عنده ، أما اعترافه بأحدهما دون الآخر . . فلا .

قوله : (على حسب جوابه) أي : إن قال في الجواب : ليس له الرد عليّ بهذا ، أو : لا يلزمي قبوله . . حلف على ذلك ، ولا يكلف التعرّض لقدم العيب يوم البيع ، ولا قبل القبض ، ولو قال في الجواب : ما بعته إلا سليماً ، أو : ما أقبضته إلا سليماً . . فالأصح : أنه يحلف على ما أجاب ، ولا يكفيه الاقتصار على : أنه لا يستحقّ الردّ ، أو : لا يلزمي قبوله ، وقيل : يكفيه ذلك ؛ كما لو اقتصر عليه في الجواب ، فلو نكل عن اليمين . . حلف المشتري ورد ، فإن نكل . . بطل ، قاله الماوردي^(١) .

وفي « أدب القضاء » للإصطخريّ : فإن لم يحلف . . فقليل : يردّ عليه ، وقيل : لا يردّ عليه حتى يحلف المشتري أنه باعه وبه هذا العيب ، أو سلّمه إليه وبه هذا العيب ، حكاه الزركشي .

فرع : لو اختلفا في بعض الصفات هل هو عيب ، فقال واحد من أهل المعرفة : إنه عيب . . قال البغوي : ثبت الرد^(٢) ، واعتبر المتولّي شهادة

(١) الحاوي الكبير (٢٣٠ / ٦) عبارته : (فيكون جوابه في الإنكار أن يقول : ليس له قبلي حقّ ، وهذا جواب كافٍ) ، ولم نجد فيه قوله : (فلو نكل عن اليمين . .) إلخ .

(٢) التهذيب (٤٥٨ / ٣) .

وَالزِّيَادَةُ الْمُتَّصِلَةُ ؛ كَالسَّمَنِ تَتَّبِعُ الْأَصْلَ ، وَالْمُنْفَصِلَةُ ؛ كَالْوَلَدِ وَالْأُجْرَةِ لَا تَمْنَعُ الرَّدَّ ، وَهِيَ لِلْمُشْتَرِي إِنْ رَدَّ بَعْدَ الْقَبْضِ ،

اثنين ، قال ابن الرفعة : إنه القياس^(١) ، وجزم به القفال في « فتاويه »^(٢) .

قوله : (والزيادة المتصلة ؛ كالسمن تتبع الأصل) أي : في الرد ، ولا شيء على البائع بسببها ، وكذلك كبر الشجرة ، وتعلم العبد العلم والحرفة ؛ لأن الملك قد تجدد بالفسخ ، فالزيادة المتصلة فيه تابعة للأصل ؛ قياساً على العقد .

وإطلاقه يقتضي : أنه لا فرق في الزيادة بين أن يكون في الثمن أو المثلن ، ولا في الفسخ بين أن يكون من البائع أو المشتري ، وهو كذلك كما دل عليه كلامهم ، قاله الإسني .

قوله : (والمنفصلة ؛ كالولد والأجرة لا تمنع الرد) عملاً بمقتضى العيب ، وشرط منع الرد في الولد : ألا يؤثر انفصاله بالأم عيباً ، فإن أثر فعيب حادث يمنع الرد ، وأن يبلغ الولد سنّاً يجوز فيه التفريق ، فإن لم يبلغ ذلك امتنع رد الأم على الأصح ؛ لأجل التفريق ، وله الأرش ، حكاه الزركشي .

قوله : (وهي للمشتري إن رد بعد القبض) لما روت عائشة رضي الله عنها : أن رجلاً ابتاع غلاماً ، فأقام عنده ما شاء الله ، ثم وجد به عيباً ، فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فردّه عليه ، فقال الرجل : يا رسول الله ؛ قد استعمل غلامي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

(١) قاله في « المطلب » ؛ كما في « المهمات » (٢٠٦/٥) ، وفي « كفاية النبيه » (٢٥٧/٩)

كأنه مال إلى قول البغوي ، راجعه .

(٢) فتاوى القفال (ص : ١٩٢) .

وَلَوْ بَاعَهَا حَامِلاً فَانْفَصَلَ . . رَدَّهُ مَعَهَا فِي الْأَظْهَرِ .

« الْخَرَجُ بِالْضَّمَانِ » . رواه أبو داود والترمذي والحاكم وصححا^(١) .

ومعناه : أن ما يخرج من المبيع من فائدة وغلة . . فهو للمشتري في مقابلة : أنه لو تلف . . لكان من ضمانه .

قوله : (وكذا قبله في الأصح) يعني : أن الزوائد للمشتري إذا ردّ قبل القبض على الأصح ؛ تفريعاً على أن الفسخ رفع للعقد من حينه ، وهو الصحيح ؛ لأنه لا يسقط الشفعة ، والثاني : أنها للبائع ؛ بناء على أنه رفع للعقد من أصله ؛ لأن الملك قبل القبض ضعيف .

ومثّل المصنف بالولد دون الثمرة ؛ للتنبيه على أنها تبقى له وإن كانت من جنس الأصل ، وجمع في التمثيل بين الولد والأجرة ؛ للتنبيه على أنه لا فرق في عدم امتناع الرد بين أن تكون الزيادة من نفس المبيع ؛ كالولد ، أم لا ؛ كالأجرة .

قوله : (ولو باعها حاملاً فانفصل . . رده معها في الأظهر) .

اعلم : أن ما تقدم في الزوائد محله : إذا حدث بعد العقد ، فلو كان الحمل مقارناً للبيع ، فانفصل إما قبل القبض وإما بعده ، ثم ردها بعيب . . فإنه يرد الولد معها في الأظهر ؛ تفريعاً على أن الحمل له حكم ، ويقابله قسط من الثمن^(٢) ، والثاني : لا حكم للحمل ، فعلى هذا : يردّ الأم دونه .

(١) سنن أبي داود (٣٥١٠) ، سنن الترمذي (١٣٣١) ، المستدرک (١٥ / ٢) ، وأخرجه ابن حبان (٤٩٢٧) ، وابن ماجه (٢٢٤٣) .

(٢) في « النجم الوهاج » : (بناء على أن الحمل يُعْلَم ، ويقابله قسط من الثمن) ، وكذا هو في « تحفة المحتاج » (٥٨٨ / ٤) .

وَلَا يَمْنَعُ الرَّدَّ الِاسْتِخْدَامُ وَوَطْءُ الثَّيْبِ .

وَافْتِضَاضُ الْبِكْرِ بَعْدَ الْقَبْضِ .. نَقْصُ حَدَثٍ ،

وشرط الرد : ألا يكون حصل لها بالوضع نقص ، فإن حصل .. فلا رد .

قال في « المهمات » : محله : إذا كان المشتري عالماً بالحمل حالة العقد ، أو علم به بعد ذلك ورضي ، فإن استمر الجهل به إلى الوضع .. فله الرد ؛ لأن الأصح في العيب الحاصل عند المشتري بسبب عند البائع : أنه من ضمان المشتري إن علم به ، وإلا .. فمن ضمان البائع^(١) .

قال ابن العماد : الصواب : ما أطلقه الرافعي^(٢) ؛ من عدم الفرق بين حالة العلم والجهل وإن كان النقص حصل بسبب جرى عند البائع وهو الحمل ، بخلاف قطع العبد ، أو قتله بالردة السابقة .

والفرق : أن النقص ههنا حصل بملك المشتري ، وهو الحمل ، فكان مضموناً عليه ما نقص بالولادة ، وأما القطع والقتل .. فلم يحصل بملك المشتري ، وأيضاً فالحمل يتزايد في ملك المشتري قبل الوضع ، فأشبه ما إذا مات عند المشتري بمرض سابق .. فإنه لا يرجع بالأرث .

قوله : (ولا يمنع الرد الاستخدام) أي : بالإجماع ، ولحديث عائشة^(٣) .

(ووطء الثيب) قياساً على الاستخدام ، والمراد : وطاء المشتري ، أما وطاء غيره إذا كانت زانية .. فعيب ؛ وإن كان قبل القبض .. ردّ به ، وإن كان بعده .. منع .

قوله : (وافتضاض البكر بعد القبض .. نقص حدث) أي : فيمنع الرد ؛

(١) المهمات (٢٠٨/٥) .

(٢) الشرح الكبير (٢٧٩/٤) .

(٣) أي : المارآنفأ ، أخرجه أبو داود (٣٥١٠) ، والترمذي (١٣٣١) ، والحاكم (١٥/٢) .

وَقَبْلَهُ . . جِنَايَةٌ عَلَى الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ .

فصل

التَّصْرِيَةُ حَرَامٌ

كسائر العيوب الحادثة ، إلا أن يكون بزواج سابق جَهْلُهُ المشتري ، ولا فرق بين زوالها بالوطء أو بغيره .

والافتضاض : إزالة القِصَّة بكسر القاف ، وهي : البكارة ؛ كما قاله الجوهري^(١) .

قوله : (وقبله . . جناية على المبيع قبل القبض) أي : فإن افتضَّها الأجنبي بغير الآلة . . فعليه ما نقص من قيمتها ، أو بها . . فعليه مهر مثلها بكرراً على الأصح ، فإن أجاز المشتري العقد . . فالجميع له ، وإلا . . فقد أرش البكارة للبائع ، وإن افتضَّها البائع . . فلا شيء عليه على المذهب ، وإن افتضَّها المشتري . . استقرَّ عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها ، وإن سَلِمَتْ حتى قبضها . . فعليه الثمن بكَماله ، وإن تلفت قبل القبض . . فعليه بقدر نقص الافتضاض من الثمن ، ولا يلزمه مهر ثيب إذا افتضَّها بالآلة على الصحيح ؛ بناء على الصحيح : أن الفسخ رفع للعقد من حينه^(٢) .

(فصل)

[في التصرية وغيرها من التغيرير الفعلي]

(التصرية حرام) لقوله صلى الله عليه وسلم : « لَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ ، فَمَنْ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ . . فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِبَهَا : إِنْ رَضِيَهَا . .

(١) الصحاح (ص : ٨٢٢) ، وعبارته : (والقِصَّة بالكسر : عُذْرَةُ الجارية) .

(٢) وفي (أ) : (رفع العقد من حينه) وفيه قبل هذا بسطرين خلط وتكرار ، لا نفع في تثقيب الحاشية به .

تُثَبِّتُ الْخِيَارَ عَلَى الْفَوْرِ ، وَقِيلَ : يَمْتَدُّ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ .

أَمْسَكَهَا ، وَإِنْ سَخِطَهَا . . رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ « . متفق عليه^(١) .

وقوله : « تُصَرُّوا الْإِبِلَ » بضم التاء وفتح الصاد ، وبعد الراء واو ، و(الإبل) منصوبة ، وقوله : « بَعْدَ ذَلِكَ » أي : بعد النهي .

ولا فرق في تحريم التصرية بين أن يقصد البيع أم لا ؛ كما صرح به المتولي ؛ لأنه مضرٌ للحيوان .

وهي : ترك الحلب اليومين والثلاثة بشدٍّ كان أو بغير شدٍّ ؛ ليظهر غزارة لبنها ، يقال : صَرََّ الإبل وصَرََّها ؛ الأول من الربط ، والثاني من جمع اللبن .

قوله : (ثبت الخيار) للحديث (على الفور) كالرد بالعيب ، (وقيل : يمتد ثلاثة أيام) لقوله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ اشْتَرَى شَاةً مُصَرَّاةً . . فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، فَإِنْ رَدَّهَا . . رَدَّ مَعَهَا صَاعاً مِنْ تَمْرٍ لَا سَمَرَاءَ » . رواه مسلم^(٢) .

والسمراء : الحنطة .

وهذا الوجه صححه جماعات ، ونقل عن النص^(٣) ، واختاره السبكي .

وهل ابتداءؤها من العقد أم من التفريق ؟ فيه الوجهان في خيار الشرط ، قال ابن العماد : الخلاف مبني على أنه خيار عيب أو خيار شرع^(٤) ، إن قلنا

(١) صحيح البخاري (٢١٤٨) ، صحيح مسلم (١١/١٥١٥) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) صحيح مسلم (٢٦/١٥٢٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) أي : في « الإملاء » ؛ كما في « بحر المذهب » (٥٢٥/٤) ، و« بداية المحتاج » (٦٤/٢) ، و« الأم » (٢٢٧/٨) في (اختلاف العراقيين) في (باب الاختلاف في العيب) كما في « تكملة المجموع » للسبكي (٢٦-٢٥/١٢) .

(٤) قال السبكي في « تكملة المجموع » (٢٩/١٢) : (إن الأصحاب يعبرون عن الخلاف في هذه المسألة ؛ بأن الخيار هل هو خيار شرع أو خيار عيب ؟ ومنهم من يعبر بأنه هل هو خيار =

فَإِنْ رَدَّ بَعْدَ تَلَفِ اللَّبَنِ . . رَدَّ مَعَهَا صَاعَ تَمْرٍ ، وَقِيلَ : يَكْفِي صَاعُ قُوتٍ .

بالأول . . كان على الفور ، وهو الأصح ، وإن قلنا بالثاني . . امتدَّ إلى ثلاثة أيام .

ولو ترك الحلب ناسياً ، أو لُشِغْل ، أو تصرَّت بنفسها . . فالأصح عند البغوي : ثبوت الخيار^(١) ، وتبعه السبكي^(٢) .

ولو رضي بإمساك المصرة ، ثم وجد بها عيباً قديماً . . نصَّ أنه يردّها ، ويرد بدل اللبن ، وهو المذهب^(٣) .

قوله : (فَإِنْ رَدَّ بَعْدَ تَلَفِ اللَّبَنِ . . رَدَّ مَعَهَا صَاعَ تَمْرٍ) للحديث^(٤) .

وقوله : (معها) أي : مع البهيمة .

فَإِنْ فَقِدَ . . فْقِيلَ : يرد قيمته بالمدينة ، وقيل : قيمة أقرب بلاد التمر إليه ، حكاهما الماوردي^(٥) .

قوله : (وَقِيلَ : يَكْفِي صَاعُ قُوتٍ) لأنه ورد في رواية عند مسلم : ذكر الطعام^(٦) ، والمعتبر في كل بلد : غالب قوته .

وإذا قلنا بتعين التمر فتراضياً على غيره ، أو على ردِّ اللبن المحلوب عند بقاءه . . جاز ، ولا يكلف المشتري ردّه ، فإذا أمسكه . . كان كما لو أتلّف ،

= شرط أو نهار عيب) باختصار . وراجع معنى كل منها في (٢٦/١٢ - ٢٧) من كلامه .

(١) التهذيب (٤٢٩/٣) .

(٢) تكملة المجموع (٢٥/١٢) وما بعدها .

(٣) مختصر المزني (ص : ١٢٢) .

(٤) أي : للحديث المار أول الفصل .

(٥) الحاوي الكبير (٢١٣/٦) ، وراجع « تحفة المحتاج » (٥٩٤ - ٥٩٥) .

(٦) صحيح مسلم (٢٥/١٥٢٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّ الصَّاعَ لَا يَخْتَلِفُ بِكَثْرَةِ اللَّبَنِ ، وَأَنَّ خِيَارَهَا لَا يَخْتَصِرُ
بِالنَّعْمِ ، بَلْ يَعْمُ كُلُّ مَأْكُولٍ وَالْجَارِيَةِ وَالْأَتَانِ ،

وإذا ردّه . . لم يجب على البائع قبوله في الأصح ، فإن ردّ قبل الحلب . . ردّ
مجانياً .

ومقتضى عبارة الكتاب : أنه لا يجب الصاع بعد الحلب وقبل التلف ،
وليس كذلك ، فلو عبر بالحلب . . استقام .

ولو حلب غير المصرة ، ثم اطلع على عيب بها . . فالمنصوص : جواز
الرد مجانياً^(١) .

قوله : (والأصح) أي : المنصوص في « الأم »^(٢) : (أن الصاع
لا يختلف بكثرة اللبن) يعني : أن الواجب صاع على الأصح ، قلّ اللبن أو
كثُر ؛ للحديث^(٣) ، والثاني : يتقدّر بقدر اللبن ، فقد يزيد الواجب على
الصاع ، وقد ينقص .

قوله : (وأن خيارها لا يختص بالنعم ، بل يعم كل مأكول والجارية
والأتان) لأن في رواية لمسلم : « مَنْ اشْتَرَى مُصْرَاءً »^(٤) . وفي رواية
للبخاري : « مَنْ اشْتَرَى مُحَفَّلَةً »^(٥) .

(١) قال السبكي في « تكملة المجموع » (٨٦ / ١٢) : (ذكر العراقيون هذا الفرع في مناظرة

جرت بين الشافعي ومحمد بن الحسن ، بعضهم عن « الإملاء » ، وبعضهم عن « القديم ») .

(٢) اختلاف الحديث مع الأم (٢٧٤ / ١٠) .

(٣) وهو الحديث الذي ورد أول الفصل .

(٤) صحيح مسلم (٢٨ / ١٥٢٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه ، لكن بلفظ : « مَنْ اشْتَرَى لِقْحَةً

مصراً ، أو شاة مصراً » ، ولفظ الشارح هنا أخرجه الترمذي (١٢٩٦) ، والنسائي

(٤٤٨٨) ، وأحمد (١٠٧٣٦) .

(٥) صحيح البخاري (٢١٤٩) عن ابن مسعود رضي الله عنه موقوفاً ، وراجع « فتح الباري »

(١٠٦ / ٥) .

وَلَا يَرُدُّ مَعَهُمَا شَيْئًا ، وَفِي الْجَارِيَةِ وَجْهٌ .

وَحَبْسُ مَاءِ الْقَنَاةِ وَالرَّحَى الْمُرْسَلِ عِنْدَ الْبَيْعِ ، وَتَحْمِيرُ الْوَجْهِ ، وَتَسْوِيدُ الشَّعْرِ وَتَجْعِيدُهُ يُثَبِّتُ الْخِيَارَ ، لَا لَطَخُ ثَوْبِهِ تَخْيِيلًا لِكِتَابَتِهِ فِي الْأَصَحِّ .

ولأن كثرة اللبن في الأم مقصودة لتربية الولد .

والثاني : يختص بالنعم ؛ لأن ما عداها لا يُقصد لبنه بالأعواض .

فائدة : (الأتان) : الأنثى من الحمر الأهلية ، وجمعه في القلة (آتن) بمدّ الهمزة المفتوحة وضمّ التاء ، وفي الكثرة ؛ بضمّ الهمزة مع ضمّ التاء ، وإسكانها أيضاً .

قوله : (ولا يرد معهما شيئاً) أي : مع الجارية والأتان ؛ لأن لبن الأتان نجس ، ولبن الآدميات لا يُعتاض عنه غالباً (وفي الجارية وجه) أي : أنه يردّ معها الصاع ؛ لأنه كلبين النعم في صحة أخذ العوض عليه .

قوله : (وحبس ماء القناة والرحى المرسل عند البيع ، وتحمير الوجه ، وتسويد الشعر وتجعيده يثبت الخيار) لأنه تدليس يختلف به الثمن ؛ لاختلاف الأغراض ، فأثبت الخيار ؛ كالتصيرية .

ولا بد أن يكون ذلك بحيث لا يظهر لغالب الناس أنه مصنوع ، حتى لا ينسب المشتري إلى تقصير ، وأن يكون بفعل البائع أو غيره بإذنه ، فإن تجعّد بنفسه . . فكما لو تحفّلت بنفسها .

قوله : (لا لطح ثوبه تخيلاً لكتابته في الأصح) أي : لا يثبت به الخيار ؛ لأن المشتري مقصّر بعدم امتحانه والسؤال عنه ، والثاني : يثبت ؛ للتلبس .

ويجري الوجهان في إلباسه ثوب الكتبة والخبّازين وغيرهم من الصنائع ، وعلف البهيمة حتى ينتفخ بطنها ؛ فيخيّل حملها ، وإرسال الزُّنُور على ضرعها حتى ينتفخ ؛ فيخيّل أن فيه لبناً .

بَابُ

الْمَبِيعُ قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ .
فَإِنْ تَلَفَ . . انْفَسَخَ الْبَيْعُ وَسَقَطَ الثَّمَنُ ،

(باب)

[في حكم المبيع ونحوه قبل قبضه وبعده]

(المبيع قبل قبضه من ضمان البائع ، فإن تلف) أي : بأفة سماوية (. . انفسخ البيع وسقط الثمن) لأنه قبض مستحقّ بالبيع ، فإذا تعذر . . انفسخ البيع ؛ كما لو تفرّقا في عقد الصرف قبل التقابض ، ولو كان الثمن ديناً على البائع . . فالراجع : عوده عليه^(١) .

ولا فرق في الانفساخ بالتلف بين أن يكون عَرَضَهُ على المشتري فلم يقبله ، أم لا .

نعم ؛ إن وضعه بين يديه عند امتناعه . . برئ من ضمانه على الصحيح ، فلو طلبه المشتري فمنعه وهو ظالم في منعه فتلف . . فهو كما أتلّفه البائع ، قاله القاضي حسين ، وفيه احتمال للإمام^(٢) .

وفي معنى التلف : وقوع الدرة في البحر ، وانفلات الطير .

وحيث انفسخ البيع . . يقدر انتقال الملك في المبيع إلى البائع ، وفي الثمن إلى المشتري قبيل التلف على الأصح ، وقيل : يرتفع من أصله ، وعلى

(١) عبارة « مغني المحتاج » (٤٥٧/٢) : (« وسقط الثمن » ، إن كان في الذمة ، فإن كان معيّناً . . وجب ردّه ، أو كان ديناً على البائع . . عاد عليه كما كان) .

(٢) نهاية المطلب (٢٠١/٥) .

كتاب البيع / باب في حكم المبيع ونحوه قبل قبضه وبعده ١٣٩
وَلَوْ أَبْرَأَهُ الْمُشْتَرِي عَنِ الضَّمَانِ . . لَمْ يَبْرَأْ فِي الْأَظْهَرِ وَلَمْ يَتَغَيَّرِ الْحُكْمُ .
وَإِتْلَافُ الْمُشْتَرِي قَبْضُ إِنْ عَلِمَ ،

الوجهين : لو كان عبداً . . فتجهيزه ودفنه على البائع ، وعلى الأول : الزوائد والفوائد للمشتري ، وهو الأصح ، وهي أمانة عند البائع .

قوله : (ولو أبرأه المشتري عن الضمان . . لم يبرأ في الأظهر ولم يتغير الحكم) لأن ضمان المبيع حقّ الشرع ، فلا يسقط بإسقاط أحد ، وليس كضمان الغاصب ، فإنه ضمان خيانة لحق المالك ، فيسقط بإسقاطه ، والثاني : يبرأ كما لو أبرأ الغاصب عن ضمان الغصب .

والخلاف احتمالان للقاضي الحسين من الخلاف في المالك يُبرئ الغاصب من الضمان^(١) ، قاله الزركشي .

قال^(٢) : وقوله : (ولم يتغير الحكم) فائدته بعد نفي البراءة : عدم الانفساخ إذا تلف ، وأن الإبراء كما لا يرفع الضمان . . لا يرفع الفسخ بالتلف ، وكذلك بقاء المنع من التصرف .

قوله : (وإتلاف المشتري قبض إن علم) أي : أنه المبيع ؛ كما لو أتلّف المالك المغصوب في يد الغاصب ، وقيل : ليس بقبض ، لكن عليه القيمة ، ويستردّ الثمن .

وتستثنى صورتان ؛ إحداهما : لو صال المبيع عليه ، فقتله في الدفع . . فإنه لا يكون قبضاً على الأصح من « زوائده »^(٣) .

والثانية : لو اشترى الإمام عبداً ، وارتدّ قبل القبض فقتله ، أو ما دونه

(١) وفي « عمدة المحتاج » (٤٢٩ / ٦) : (وحكى القاضي حسين الخلاف وجهين) .

(٢) أي : الزركشي ؛ كما في « مغني المحتاج » (٤٥٨ / ٢) .

(٣) روضة الطالبين (١٦٣ / ٣) .

وَالْأَلَّ . فَقَوْلَانِ ؛ كَأَكْلِ الْمَالِكِ طَعَامَهُ الْمَغْصُوبِ ضَيْفًا .
وَالْمَذْهَبُ : أَنَّ إِتْلَافَ الْبَائِعِ كَتَلَفِهِ .

حدّا . لا يكون قبضاً ، ولا يستقرّ عليه الثمن ، بخلاف ما إذا كان غير الإمام ومأذونه . فإنه يستقرّ عليه ، نقله الرافعي في (الجراح) عن « فتاوى البغوي »^(١) .

قوله : (وإلا . . . فقولان ؛ كأكل المالك طعامه المغصوب ضيفاً) يعني : فإن كان جاهلاً ؛ بأن كان المبيع طعاماً ، فقدمه البائع له فأكله . . ففي كونه قابضاً وجهان ؛ بناء على القولين في تقديم الغاصب المغصوب إلى المالك ، وأكله جاهلاً أنه طعامه ، وأظهرهما : أنه يبرأ ؛ لأن المالك باشر الإتلاف ، فيكون هنا قابضاً ، كذا صوّره في « الروضة » و« أصلها »^(٢) .

وعبارة الكتاب يدخل فيها : تقديم البائع والأجنبي ، وما إذا لم يقدمه أحد ، وتخريج الأولى والثانية على القولين واضح ؛ إن جعلناه قبضاً . . فذاك ، وإلا . . فينفسخ البيع في الأولى ، ويتخير المشتري في الثانية ، ويحتمل تخريج الثالثة على القولين ، قال الإسني : والمتجه : الجزم بحصول القبض .

قوله : (والمذهب : أن إتلاف البائع كتلفه) أي : كتلف المبيع بأفة سماوية فينفسخ ؛ لأنه لا يمكن الرجوع على البائع بالقيمة ؛ لأن المبيع مضمون عليه بالثمن ، فإذا أتلّفه . . سقط الثمن ، والطريق الثاني : فيه قولان ؛ أظهرهما : هذا ، ورجّحها الرافعي ، والثاني : لا يفسخ ؛ لأنه جان

(١) الشرح الكبير (٣١١ / ١٠) .

(٢) روضة الطالبين (١٦١ / ٣) ، الشرح الكبير (٢٨٨ / ٤) .

وَالْأَظْهَرُ : أَنَّ إِتْلَافَ الْأَجْنَبِيِّ لَا يَفْسُخُ ، بَلْ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي بَيْنَ أَنْ يُجِيزَ وَيُغَرِّمَ الْأَجْنَبِيَّ ، أَوْ يَفْسُخَ وَيُغَرِّمَ الْبَائِعُ الْأَجْنَبِيَّ .
وَلَوْ تَعَيَّبَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَرَضِيَهُ . . أَخَذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ .

على ملك غيره ، فأشبهه الأجنبى ، وعلى هذا : يتخير المشتري بين الفسخ والإجازة^(١) .

ولو باع شقصاً من عبد ، ثم أعتق باقيه قبل القبض وهو موسر . . فكإتلافه .

قوله : (والأظهر : أن إتلاف الأجنبى لا يفسخ ، بل يتخير المشتري بين أن يجيز ويغرم الأجنبى ، أو يفسخ ويغرم البائع الأجنبى) أما عدم الفسخ . . فلقيام القيمة مقام المبيع ، وأما التخيير . . فلفوات العين المقصودة ، والثاني : يفسخ البيع ؛ لتعذر التسليم .

وفي المسألة طريقتان ؛ أصحهما : على قولين ، فكان الأولى عطفها على ما قبلها .

ومحل الخلاف : ما إذا أتلفه الأجنبى بغير حق ، أما إذا قتله بحق ؛ كما إذا قتله قصاصاً . . فهو كالآفة السماوية قطعاً ، قاله السبكي .

قوله : (ولو تعيب قبل القبض فرضيه . . أخذه بكل الثمن) يعني : إذا طرأ على المبيع قبل القبض عيب بآفة سماوية . . فللمشتري الخيار ؛ فإن أجاز . . أخذه بجميع الثمن ؛ لأن الأوصاف لا تُقابل ، ولا أرش له مع القدرة على الفسخ ، وإن فسخ . . رجع بجميع الثمن ، واتفق الأصحاب على أن اليد

(١) الشرح الكبير (٢٨٩/٤) وعبارته : (فطريقتان ؛ أظهرهما : أنه على قولين ، أصحهما . .) .

وَلَوْ عَيَّهَ الْمُشْتَرِي فَلَا خِيَارَ ، أَوْ الْأَجْنَبِيُّ . . . فَالْخِيَارُ ، فَإِنْ أَجَازَ . . . غَرِمَ الْأَجْنَبِيُّ الْأَرْضَ .

وَلَوْ عَيَّهَ الْبَائِعُ . . . فَالْمَذْهَبُ : ثُبُوتُ الْخِيَارِ لَا التَّغْرِيمُ .

وصف إذا تلفت بآفة ؛ كأكله ونحوها^(١) ، حتى إذا أجاز . . . فإنما يجيز بالكل .

قوله : (ولو عيبه المشتري) أي : في يد البائع (. . . فلا خيار) لحصوله بفعله ، بل يمتنع بسببه الرد بالعيوب القديمة ، ويحصل قابضاً لبعض المبيع إذا قطع يده مثلاً ، فمات في يد البائع ، فإن مات بالسراية . . . استقرّ عليه الثمن كله ، وإن مات بعد الاندمال . . . ضمن اليد بجزء من الثمن ؛ كأرث العيب .

فرع : قال المتولي : وطء المشتري ليس قبضاً ، وقيده الماوردي ؛ بأن تكون يد البائع عليها حين الوطء ، وإن ماتت قبل القبض . . . فلا مهر عليه^(٢) ، ووطؤه مع رفع يد البائع . . . قبض .

قوله : (أو الأجنبى . . . فالخيار) أي : للمشتري ، لكون المبيع مضموناً على البائع (فإن أجاز . . . غرم الأجنبى الأرض) لأنه الجاني .

نعم ؛ إنما يغرمه بعد قبض المبيع ، أما قبله . . . فلا ؛ لجواز موت العبد في يد البائع ، فيفسخ البيع .

والأرض في هذه هو المذكور في (الجنایات)^(٣) .

قوله : (ولو عيبه البائع . . . فالمذهب : ثبوت الخيار لا التفریم) .

(١) والأكله ؛ كفرحة : داءٌ في العضو يأكل منه ، وهو الحكة بعينها . تاج العروس (٦ / ٢٨) .

(٢) الحاوي الكبير (١٩٩ / ٦) .

(٣) قال في « تحرير الفتاوي » (١ / ٧٦١) : (والمراد : الأرض الآتي في « الجنایات » ، ففي يد العبد نصف القيمة ، وفي يديه كمال القيمة) .

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ ،

اعلم : أن الخيار لا خلاف فيه ؛ لأن فعل البائع ؛ إما كالآفة ، وإما كفعل الأجنبي ، وكلاهما مُثَبِّت للخيار ، وإنما الخلاف في التبريم ، المذهب : أنه لا يثبت ؛ بناء على أنه كالآفة السماوية ، فإن شاء المشتري . . فسخ ، وإن شاء . . أجاز بجميع الثمن .

نعم ؛ لو لم يعلم المشتري بالحال حتى قبض وحدث عنده عيب . . فله الأرش ؛ لتعذر الرد .

قوله : (ولا يصح بيع المبيع قبل قبضه) أي : عقاراً كان أو غيره ، أذن فيه البائع أم لم يأذن ، أعطى المشتري الثمن أم لم يعطه ؛ لما روى حكيم بن حزام قال : قلت يا رسول الله ؛ إني أبتاع هذه البيوع فما يحلّ لي منها وما يحرم علي ؟ قال : « يَا ابْنَ أَخِي لَا تَبِيعَنَّ شَيْئاً حَتَّى تَقْبِضَهُ » . قال البيهقي : إسناده حسن متصل ، وفي رواية لأحمد : « إِذَا اشْتَرَيْتَ شَيْئاً . . فَلَا تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ »^(١) .

وعن ابن عباس : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ ابْتَاعَ طَعَاماً . . فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ » ، قال ابن عباس : ولا أحسب كل شيء إلا مثله . متفق عليه^(٢) .

وأما المعنى . . فضعف الملك ؛ لتعرضه للانفساخ بتلفه ، ولأننا لو نفذنا البيع . . لكان مضموناً عليه للمشتري الثاني ، ومضموناً له على بائعه ، وقد يتلف قبل القبض ، فيقدر انقلابه من ملك المشتري الثاني إلى المشتري

(١) السنن الكبير (١٠٧٨٦) ، مسند أحمد (١٥٥٥٠) ، وأخرجه أبو داود (٣٥٠٣) ، والترمذي (١٢٧٦) ، والنسائي (٤٦١٣) ، وابن ماجه (٢١٨٧) .

(٢) صحيح البخاري (٢١٣٥) ، صحيح مسلم (٢٩/١٥٢٥) .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّ بَيْعَهُ لِلْبَائِعِ كَغَيْرِهِ ،

الأول ، ومنه إلى البائع قبيل التلف ، ويستحيل ملك شخصين في زمن واحد .
 ويستثنى : ما إذا اشترى من مورثه ، ومات مورثه قبل قبضه ، ولا وارث له
 غيره ، فيجوز له بيعه قبل قبضه ، وما إذا اشترى شائعاً وطلب قسمته قبل
 قبضه ، فإنه يجاب إليه وإن قلنا : القسمة بيع ؛ لأن الرضا غير معتبر فيه ، وإذا
 لم يعتبر الرضا . فلا يعتبر القبض ؛ كالشفعة ، حكاها الزركشي .

فرع : كما لا يجوز البيع . لا يجوز جعله أجره ولا صداقاً ولا عوضاً في
 صلح ، وكذا التولية^(١) والإشراك ، وقيل : إنهما جائزان .

قوله : (والأصح : أن بيعه للبائع كغيره) لعموم الأدلة ، ومراعاة للمعنى
 الأول^(٢) ، والثاني : يجوز ؛ بناء على المعنى الثاني^(٣) .

قال في « شرح المذهب » : الأكثرون على القطع بالبطلان ، فحقه التعبير
 بـ : المذهب^(٤) ، قاله الزركشي .

ومحل الوجهين كما قاله المتولي : إذا كان البيع بغير جنس الثمن ، أو
 بزيادة أو نقص ، أو تفاوت صفة ، وإلا . فهو إقالة بلفظ البيع ؛ أي : فيصح
 جزماً .

قال ابن العماد : وصورة المسألة : إذا كان بثمن في الذمة ، فإن باعه
 بمعين . . لم يكن ذلك إقالة قطعاً ؛ لعدم التقاص^(٥) ، ويتعلق حقّ البائع الثاني

(١) وفي (أ) : (وكذلك التولية) .

(٢) وهو : ضعف الملك .

(٣) وهو قوله السابق : (ولأننا لو نفذنا البيع . . .) إلخ .

(٤) المجموع (٢٥٤ / ٩) ، وفي « تحرير الفتاوي » (٧٦٢ / ١) : (جعل في « شرح المذهب »
 مقابله شاذاً ضعيفاً ، فينبغي حينئذ التعبير عنه بـ « الصحيح ») .

(٥) التقاص : إسقاط دينٍ بإزاء دين . وفي التقاص أربعة أقوال ، نصّ الشافعي عليها في كتب =

وَأَنَّ الْإِجَارَةَ ، وَالرَّهْنَ ، وَالْهَبَةَ كَالْبَيْعِ ، وَأَنَّ الْإِعْتَاقَ بِخِلَافِهِ .
وَالثَّمَنُ الْمُعَيَّنُ كَالْمَبِيعِ ، فَلَا يَبِيعُهُ الْبَائِعُ قَبْلَ قَبْضِهِ .

بالعين ، والبائع الأول يبقى ثمنه في الذمة .

قوله : (وأن الإجارة والرهن والهبة) أي : من البائع قبل القبض
(كالبيع) تفريعاً على أن العلة فيه ضعف الملك ، والثاني : يصح ؛ تفريعاً
على أن العلة توالي الضمانين .

والمراد بالهبة : ذات الثواب ؛ لأنها بيع على الصحيح ، قاله الزركشي .

والوجهان جاريان في الإصداق والإقراض ، ويصح التزويج في الأصح .

قوله : (وأن الإعتاق بخلافه) أي : بخلاف البيع ، فيصح ويصير به
قابضاً ؛ لقوّته ، والثاني : أنه كالبيع ؛ لاشتراكهما في إزالة الملك ،
والثالث : إن لم يكن للبائع حق الحبس ؛ بأن كان الثمن مؤجلاً أو حالاً وقد
أدى . . صحّ ، وإلا . . فلا .

وصحّح في « شرح المذهب » : أن الوقف كالإعتاق ، قال الماوردي :
فإن رفع البائع يده عنه . . زال ضمانه ، وإلا . . صار مضموناً عليه بالقيمة^(١) .

قال السبكي : والاستيلاد كالعتق .

قوله : (والثلث المعين كالمبيع ، فلا يبيعه البائع قبل قبضه) أي : لا من
المشتري ولا من غيره ؛ لعموم النهي ، نقداً كان أو غيره ؛ لوجود المعنيين
فيه^(٢) .

= متفرقة . راجعها في « نهاية المطلب » (٤٥١ / ١٩) .

(١) المجموع (٢٥٢ / ٦) وقول الماوردي فيه .

(٢) وهما : ضعف الملك ، وتوالي الضمانين .

وَلَهُ يَبِيعُ مَالَهُ فِي يَدٍ غَيْرِهِ أَمَانَةً ؛ كَوَدِيعَةٍ ، وَمُشْتَرَكٍ ، وَقِرَاضٍ ، وَمَرْهُونٍ
بَعْدَ انْفِكَائِهِ ، وَمَمْرُوثٍ ، وَبَاقٍ فِي يَدٍ وَلِيِّهِ بَعْدَ رُشْدِهِ ، وَكَذَا عَارِيَّةٌ وَمَأْخُودٌ
بِسَوْمٍ .

وعبّر في « المحرر » بالتصرف^(١) ، وهو أشمل ، فإنه يمتنع فيه ما امتنع في
المبيع .

وعن صاحب « التقريب » : يجوز التصرف في الثمن المعين قبل قبضه ،
حكاه القاضي حسين وخطأه .

وفي « المطلب » : أن الإمام حكى في الصداق أنه يجوز الاستبدال عنه قبل
القبض^(٢) ، حكاه الزركشي .

وقال : ينبغي قراءة : (والثمن) بالنصب عطفاً على المنصوب ؛ للتنبيه
على هذا الخلاف .

قوله : (وله بيع ماله في يد غيره أمانة ؛ كوديعة ، ومشتراك ، وقراض ،
ومرهون بعد انفكاكه ، وممروث ، وباق في يد وليه بعد رشده) أي : لتمام
الملك والقدرة على التسليم ، وهكذا المال في يد الوكيل بالبيع ، وفي يد
المستأجر بعد انقضاء المدة ، وما اكتسبه العبد قبل أن يأخذه السيد ،
والموصى به كالممروث إذا قبله ولم يقبضه ، أو لم يقبله وقلنا : يملك
بالموت ، قاله الزركشي .

ويستثنى من الممروث : ما إذا كان المورث لا يملك بيعه ؛ مثل :
ما اشتراه ولم يقبضه .

قوله : (وكذا عارية ومأخوذ بسوم) أي : وما في معناهما من

(١) المحرر (١/٤٩٤) .

(٢) نهاية المطلب (١٣/٤٣) .

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمُسْلِمِ فِيهِ ، وَلَا الْاِعْتِيَاظُ عَنْهُ .

وَالْجَدِيدُ : جَوَازُ الْاِسْتِبْدَالِ عَنِ الثَّمَنِ ،

المضمونات ؛ كالذي رجع إليه بفسخ عقد ؛ من مردود بعيب ، ومبيع رجع فيه بإفلاس المشتري ، كله يجوز بيعه قبل قبضه لتمام الملك فيه .

قوله : (ولا يصح بيع المسلم فيه ، ولا الاعتياض عنه) أي : قبل قبضه ؛ لأن النهي عن بيع ما لم يقبض يشمله ، ولا تجوز الحوالة به ولا عليه في الأصح .

قوله : (والجديد : جواز الاستبدال عن الثمن) أي : الذي في الذمة ؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال : يا رسول الله إني أبيع الإبل بالدنانير ، وأخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير ، فقال صلى الله عليه وسلم : « لَا بَأْسَ إِذَا تَفَرَّقْتُمَا وَلَيْسَ بَيْنَكُمَا شَيْءٌ » . رواه الأربعة وابن حبان والحاكم^(١) .

والقديم : منعه ؛ لإطلاق النهي عن بيع ما لم يقبض .

وقطع بعضهم بالأول ، وعلى الجديد : لا فرق بين أن يكون المبيع قبض أو لا .

والأصح : أن الثمن هو النقد ، فإن لم يكن نقد أصلاً^(٢) ، أو كانا نقدين . . فما اتصلت به الباء .

والأجرة والصداق ، وعوض الخلع والدم . . حكمها حكم الثمن ، فيفرق بين المعين وما في الذمة .

(١) سنن أبي داود (٣٣٥٤) ، سنن الترمذي (١٢٨٦) ، سنن النسائي (٤٥٨٢) ، سنن ابن ماجه (٢٢٦٢) ، صحيح ابن حبان (٤٩٢٠) ، المستدرک (٤٤ / ٢) .

(٢) قوله : (فإن لم يكن نقد أصلاً) كذا في (أ) و (ب) .

فَإِنْ اسْتَبَدَّلَ مُوَافِقًا فِي عِلَّةِ الرَّبَا ؛ كَدَرَاهِمَ عَنْ دَنَانِيرَ . اشْتَرَطَ قَبْضُ الْبَدَلِ فِي الْمَجْلِسِ .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ التَّعْيِينُ فِي الْعَقْدِ ، وَكَذَا الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ إِنْ اسْتَبَدَّلَ مَا لَا يُوَافِقُ فِي الْعِلَّةِ ؛ كَثَوْبٍ عَنْ دَرَاهِمَ .
وَلَوْ اسْتَبَدَّلَ عَنِ الْقَرْضِ وَاقِيمة الْمُتْلَفِ .. جَازَ ،

قوله : (فَإِنْ اسْتَبَدَّلَ مُوَافِقًا فِي عِلَّةِ الرَّبَا ؛ كَدَرَاهِمَ عَنْ دَنَانِيرَ^(١)) . اشترط قبض البدل في المجلس (أي : حذراً من الربا ، وإن استبدل عن الحنطة المبيع بها شعيراً إن جوزناه . فكاستبدال دنانير عن دراهم .

قوله : (والأصح : أنه لا يشترط التعيين في العقد) كما لو تصارفا في الذمة ، ثم عَيَّنَا وتقابضا ، والثاني : يشترط ؛ ليخرج عن بيع الدين بالدين .

قوله : (وكذا القبض في المجلس إن استبدل ما لا يوافق في العلة ؛ كثوب عن دراهم) أي : لا يشترط في الأصح ؛ كما لو باع ثوباً بدراهم في الذمة . . لا يشترط قبض الثوب ، والثاني : يشترط ؛ لأن أحد العوضين دين ، فيشترط قبض الآخر ؛ كرأس مال السلم .

ولا خلاف أنه يشترط التعيين في المجلس ، وفي اشتراطه في العقد الوجهان في استبدال الموافق .

ولا يجوز استبدال المؤجل عن الحال ، ويجوز عكسه .

قوله : (ولو استبدل عن القرض وقيمة المتلف .. جاز) أي : بلا خلاف ؛ كما قاله في « المحرر »^(٢) ؛ لاستقراره ، بخلاف دين السلم .

(١) وفي (أ) : (كدنانير عن دراهم) .

(٢) المحرر (٤٩٥ / ١) .

وَفِي اشْتِرَاطِ قَبْضِهِ فِي الْمَجْلِسِ مَا سَبَقَ .

وَبَيْعُ الدَّيْنِ لِغَيْرٍ مَنْ عَلَيْهِ بَاطِلٌ فِي الْأَظْهَرِ ؛ بَأَنْ يَشْتَرِيَ عَبْدَ زَيْدٍ بِمِئَةِ لَهُ عَلَى عَمْرٍو .

وقول « المحرر » : (وإن ثبت لا ثمناً ولا مثمناً ؛ كدين القرض والإتلاف . . يجوز الاستبدال عنه)^(١) أوضح وأشمل .

قوله : (وفي اشتراط قبضه في المجلس ما سبق) أي : فيفصل فيه بين الموافق في علة الربا والمخالف ، وكذا اشتراط تعيينه ، والأصح : أنه لا يشترط .

قوله : (وبيع الدين لغير من عليه باطل في الأظهر) لأنه لا يقدر على تسليمه ، والثاني : يجوز ؛ كبيعه ممن هو عليه ، وهو الاستبدال ، وصححه من « زوائده »^(٢) ، وشرطه : أن يقبض المشتري الدين ممن عليه ، ويقبض بآئعه العوض في المجلس ، حتى لو تفرقا قبل قبض أحدهما . . بطل العقد ، واختار السبكي الجواز ، وقال : اشتراط القبض من الجانبين ، قاله البغوي والرافعي^(٣) .

وينبغي ألا يشترط إلا القبض من أحد الجانبين ، بل يكفي التعيين ، ونقل الإسنوي عن « المطلب » : أن مقتضى كلام الأكثرين : مخالفتهما ، وأن بيع الدين الحال على معسر أو منكر ولا بينة له عليه . . لا يصح جزماً .

قوله : (بأن يشتري عبد زيد بمئة له على عمرو) هذا تصوير المسألة .

(١) المحرر (٤٩٥ / ١) .

(٢) روضة الطالبين (١٧٤ / ٣) .

(٣) التهذيب (٤١٧ / ٣) ، الشرح الكبير (٣٠٤ / ٤) .

وَلَوْ كَانَ لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو دَيْنَانِ عَلَى شَخْصٍ ، فَبَاعَ زَيْدٌ عَمْرًا دَيْنَهُ بِدَيْنِهِ . .
بَطَلَ قَطْعًا .

وَقَبْضُ الْعَقَارِ : تَخْلِيَّتُهُ لِلْمُشْتَرِي وَتَمَكُّينُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ ، بِشَرْطِ فَرَاغِهِ مِنْ
أَمْتَعَةِ الْبَائِعِ ،

قوله : (ولو كان لزيد وعمرو دينان على شخص ، فباع زيد عمراً دينه
بدينه . . بطل قطعاً) لأنه بيع دين بدين ، وقد نهى عنه^(١) .
ولا فرق بين أن يتفق الجنس أو يختلف .

قوله : (وقبض العقار : تخليته للمشتري ، وتمكينه من التصرف ، بشرط
فراغه من أمتعة البائع) لأن أهل العرف يعدّون التخلية في العقار قبضاً ،
والتمكن يحصل بتسليم المفتاح إلى المشتري ، ولا يعتبر دخوله ، وتسليم
الدار المشحونة بالأمتعة يتوقّف على تفرّغها ، وكذا السفينة المشحونة ؛ كما
جزم به الرافعي هنا ، وحكى في (باب الألفاظ المطلقة) وجهاً : أنه يصح
قبض الدار المشحونة ، ولا خلاف في صحة بيعها^(٢) .

ولو جمع البائع أمتعته في بيت من الدار ، وخلّى بين المشتري وبين
الدار . . حصل القبض فيما عدا البيت .

وتقييده بـ (أمتعة البائع) يخرج أمتعة المشتري ؛ كما إذا اشترى الدار بما
فيها من الأمتعة . . يحصل القبض في الدار بالتخلية دون الأمتعة .

ويُرد على التقييد بالبائع : أمتعة المستأجر والغاصب والمستعير ، فإنها

(١) أخرجه الحاكم (٥٧/٢) ، والدارقطني (ص : ٦٥٦) ، والبيهقي في « الكبير »

(١٠٦٣٣) عن ابن عمر رضي الله عنهما ، وراجع « التلخيص الحبير » (٧٠/٣) .

(٢) الشرح الكبير (٣٠٥/٤) ، (٣٢٩/٤) ، قال في الثاني : إن الإمام ادّعى أنه ظاهر
المذهب ، وراجع « نهاية المطلب » (١٣١/٥) .

فَإِنْ لَمْ يَحْضُرِ الْعَاقِدَانِ الْمَبِيعَ . . اعْتُبِرَ مُضِيُّ زَمَنِ يُمَكِّنُ فِيهِ الْمُضِيُّ إِلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ .

وَقَبْضُ الْمَنْقُولِ : تَحْوِيلُهُ ،

كأمتعة البائع إلا أن يكون هو المشتري ، قاله الزركشي .

والأصح : أنه لا يشترط حضور أحد من المتبايعين عند المبيع ، ولا عند القبض .

قوله : (فإن لم يحضر العاقدان المبيع) أي : والتفريع على الأصح (. . .)
اعتبر مضي زمن يمكن فيه المضي إليه في الأصح (أي : سواء أكان في يد المشتري أم لا ؛ لأننا اغتفرنا الحضور للمشقة ، ولا مشقة في مضي الزمان ، والثاني : لا يشترط .

قوله : (وقبض المنقول : تحويله) أي : على المذهب ؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع طعام حتى يحول . متفق عليه^(١) .

ولأن العادة في المنقول ذلك ، وروى حرمله : أنه تكفي التخلية .

وقيل : إذا اشترى الأب مال ولده من نفسه ، أو بالعكس . . لا يشترط التحويل ، وقيل : إذا اشترى أمتعة مع دارٍ صفقة واحدة . . كفت التخلية في الأمتعة تبعاً للدار ، والأصح : اشتراط التحويل فيهما^(٢) .

فعلى المذهب : يُؤمَرُ العبدُ بالانتقال من موضعه ، ويسوق الدابة أو يقودها ، ولا يكفي استعماله وركوبها بلا نقل ، وكذا الوطاء في الأصح ، وعدم الاكتفاء بالركوب محله : إذا كان بغير إذن البائع ، فإن كان بإذنه . .

(١) صحيح البخاري (٢١٣٧) ، صحيح مسلم (١٥٤٧) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٢) أي : في القيلين .

١٥٢ _____ كتاب البيع / باب في حكم المبيع ونحوه قبل قبضه وبعده
فَإِنْ جَرَى الْبَيْعُ بِمَوْضِعٍ لَا يَخْتَصُّ بِالْبَائِعِ . . كَفَى نَقْلُهُ إِلَى حَيْزٍ ، وَإِنْ جَرَى
فِي دَارِ الْبَائِعِ . . لَمْ يَكْفِ ذَلِكَ

حصل القبض ، جزم به الرافعي في أوائل (الغصب) ، قاله في
« المهمات »^(١) .

قال ابن العماد : كلام الرافعي في (الغصب) ذكره إلزاماً ، ثم نقضه ،
لا نقلاً^(٢) .

قوله : (فَإِنْ جَرَى الْبَيْعُ بِمَوْضِعٍ لَا يَخْتَصُّ بِالْبَائِعِ) أي : كمسجد^(٣) أو
شارع أو دار المشتري (. . كَفَى نَقْلُهُ إِلَى حَيْزٍ) أي : منه أو من غيره ؛ لوجود
التحويل (وَإِنْ جَرَى فِي دَارِ الْبَائِعِ . . لَمْ يَكْفِ ذَلِكَ) أي : النقل إلى حيز
منها ؛ لأن يد البائع عليها وعلى ما فيها .

وما ذكره من تحويل المنقول هو فيما جرت العادة بنقله ؛ كالصبرة
والأخشاب ، أما الدراهم الخفيفة إذا أخذها بيده ، أو الثوب إذا لبسه . . فهو
قابض وإن كان في دار البائع ، ولا فرق في الدار بين المملوكة والمستأجرة
والمستعارة .

ويستثنى من كلامه : ما لو جعله في أمتعته^(٤) . . فإنه يكفي ، وسواء كانت
له أو مستعارة من البائع ، قاله القاضي حسين .

والمراد بعدم الاكتفاء بالنسبة إلى التصرف ، وأما بالنسبة إلى نقل

(١) المهمات (٢٢٤/٥) ، الشرح الكبير (٤٠٦/٥) .

(٢) عبارة الرافعي (٤٠٦/٥) : (فالركوب إما أن يكون بإذن البائع ، أو دون إذنه ، فإن أذن
البائع . . فالتمكن حاصل ، وإن لم يأذن . . فلا يتمكن ، لكن الحكم في النقل بغير إذنه
مثله ، فإذا لا فرق) .

(٣) وفي (أ) : (بِمَسْجِدٍ) .

(٤) وفي (أ) : (فِي أَمْتَعَةٍ) .

فرع

لِلْمُشْتَرِي قَبْضُ الْمَبِيعِ إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُؤَجَّلًا أَوْ سَلَّمَهُ ،

الضمان . . فإنه يكون كافياً ، حتى يطالب به إذا خرج مستحقاً .

وقوله : (جرى البيع) تبع فيه « المحرر »^(١) والعبرة بوجود المبيع ،
وعبارة الرافعي و« الروضة » : (وإذا كان المبيع)^(٢) بالميم ، والمراد : فإن
جرى البيع والمبيع بموضع ، ويقدر بعد قوله : (إلى حيز) أي : منه .
قوله : (إلا بإذن البائع فيكون معيراً للبقعة) أي : التي أذن في النقل
إليها .

وصورة المسألة على ما قاله الإمام : أن يكون أذن في القبض والنقل ، فإن
لم يأذن إلا في النقل . . لم يحصل القبض ؛ لأن مجرد الإذن في النقل
لا يقتضي العارية^(٣) .

قوله : (فرع : للمشتري قبض المبيع إن كان الثمن مؤجلاً أو سلمه) أي :
وإن لم يأذن البائع ؛ لانتفاء حق الحبس ، والمراد : التأجيل في العقد ، فلو
حلّ قبل التسليم . . لم يكن له الحبس ، لكن قال في « المهمات » :
الصواب : جواز الحبس ؛ كما رجحه في (الصداق) ، ونص عليه الشافعي
في مسألة البيع^(٤) .

(١) المحرر (٤٩٦ / ١) .

(٢) الشرح الكبير (٣٠٦ / ٤) ، روضة الطالبين (١٧٦ / ٣) .

(٣) نهاية المطلب (١٨٠ / ٥) .

(٤) المهمات (٢٣٣ - ٢٣٤) ، الشرح الكبير (٢٤٦٨) ، والنص نقله القاضي أبو الطيب في
(كتاب الصداق) عن حكاية المزني في « المنثور » ؛ كما في « المهمات » (٢٣٤ / ٥) .

وَالْإِلَّا . . . فَلَا يَسْتَقِلُّ بِهِ .

وَلَوْ بَيْعَ الشَّيْءِ تَقْدِيرًا ؛ كَثُوبٍ وَأَرْضٍ ذَرْعًا ، وَحِنْطَةٍ كَيْلًا أَوْ وَزْنًا . .
اشْتَرَطَ مَعَ النَّقْلِ ذَرْعُهُ أَوْ كَيْلُهُ أَوْ وَزْنُهُ ،

والمراد : تسليم جميع الثمن ، ولا يكفي تسليم بعضه على الأصح .

قوله : (وإلا . . . فلا يستقل به) أي : بل لا بد من إذن البائع فيه ؛ لأن له حق حبسه بالثمن ، فإن استقل . . فعليه الرد ، ولا ينفذ تصرفه فيه ، لكن يدخل في ضمانه ، فيستقر الثمن ، ولو خرج مستحقاً . . طوّل به .

قوله : (ولو بيع الشيء تقديرًا ؛ كثوب وأرض ذراعًا ، وحنطة كيلًا أو وزناً . . اشترط مع النقل ذرعه أو كيله أو وزنه) أي : وكذا عدّه إن بيع بالعدد ، سواء أقال البائع : إنه قدرُ حقك ، أم لا ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ ابْتَاعَ طَعَامًا . . فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَكْتَالَهُ » . متفق عليه^(١) ، وقياساً في الباقي .

فلو قبضه جزافاً . . دخل المقبوض في ضمانه ، ولا يصح تصرفه في الجميع ؛ لأنه قد يزيد على المستحق ، ولا فيما تيقن أنه له على الصحيح .

وقبض ما اشتراه كيلاً بالوزن ، أو وزناً بالكيل . . كقبضه جزافاً .

ولو تلف المقبوض . . فالقول قول القابض في قدره .

وأجرة الكيال على البائع ، ووزان^(٢) الثمن على المشتري ، وفي أجرة النقاد وجهان ، مال المصنف وابن الرفعة إلى ترجيح أنها على البائع^(٣) ، قال

(١) صحيح البخاري (٢١٣٢) ، صحيح مسلم (٣١ / ١٥٢٥) عن ابن عباس رضي الله عنهما ، واللفظ لمسلم .

(٢) الوزان بالكسر : في الأصل مصدر : وَازَنَ ، وقد يطلق على ما يوزن به . الكليات (ص : ٧٩٧) .

(٣) روضة الطالبين (١٧٨ / ٣) .

مِثَالُهُ : (بَعْتُكَهَا كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ) ، أَوْ (عَلَى أَنَّهَا عَشْرَةُ أَصْعٍ) .
وَلَوْ كَانَ لَهُ طَعَامٌ مُقَدَّرٌ عَلَى زَيْدٍ ، وَلِعَمَرُو عَلَيْهِ مِثْلُهُ . فَلْيَكْتُلْ لِنَفْسِهِ ثُمَّ
يَكِيلُ لِعَمَرُو .

فَلَوْ قَالَ : (أَقْبِضْ مِنْ زَيْدٍ مَا لِي عَلَيْهِ لِنَفْسِكَ) فَفَعَلَ . . فَاَلْقَبْضُ
فَاسِدٌ .

ابن الرفعة : وأجرة النقل المحتاج إليه في تسليم المنقول على المشتري ؛ كما
دل عليه كلام الشافعي ، وصرح به في « التتمة »^(١) .

قوله : (مثاله : بعتكها كل صاع بدرهم ، أو : على أنها عشرة أصع)
وكذلك : بعتك عشرة أصع منها .

قوله : (ولو كان له طعام مقدر على زيد ، ولعمرو عليه مثله . . فليكتل
لنفسه ثم يكيل لعمرو) لقوله صلى الله عليه وسلم : « يَا عُثْمَانُ ؛ إِذَا ابْتَعْتَ . .
فَاكْتُلْ ، وَإِذَا بَعْتَ . . فَكِلْ » . أسنده الإمام أحمد^(٢) .

والهاء في قوله : (عليه) عائدة على الهاء في قوله : (له) ، ولو أتى به
اسماً ظاهراً ، فقال : لبكر ، ثم قال : على بكر . . كان أوضح .

والاستدامة في المكيال كالتجديد في الأصح .

قوله : (فلو قال : اقْبِضْ مِنْ زَيْدٍ مَا لِي عَلَيْهِ لِنَفْسِكَ ، فَفَعَلَ . . فَاَلْقَبْضُ
فَاسِدٌ) لاتحاد القابض والمقبض ، والقائل هو المستحق المسمى بكراً ،
والمقول له عمرو ، والمراد : فساد القبض الثاني ، وهو تقدير انتقاله من يده
إلى نفسه ، ويصح قبض عمرو عن المستحق ، وتبرأ ذمة زيد على الأصح .

(١) قاله في « المطلب » ؛ كما في « عمدة المحتاج » (٤٥٢ / ٦) .

(٢) مسند أحمد (٤٥١ / ١) عن عثمان رضي الله عنه ، وعلقه البخاري قبل رقم (٢١٣٦) ،
وأخرجه ابن ماجه (٢٢٣٠) ، والبيهقي في « الكبير » (١٠٧٩٨) .

فرع

قَالَ الْبَائِعُ : (لَا أَسْلَمُ الْمَبِيعَ حَتَّى أَقْبِضَ ثَمَنَهُ) ، وَقَالَ الْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ : مِثْلُهُ . . أَجْبَرَ الْبَائِعُ ، وَفِي قَوْلِ : الْمُشْتَرِي ، وَفِي قَوْلِ : لَا إِجْبَارَ ، فَمَنْ سَلَّمَ . . أَجْبَرَ صَحْبُهُ ، وَفِي قَوْلِ : يُجْبَرَانِ .

وحكم دين السلم والقرض والإتلاف في ذلك سواء ، فلو كان الذي للمستحق عن قرض ، والذي لعمره عن سلم ، فأحال المستحق عمرأ به . . لم يصح ؛ لأنها حوالة بالمسلم فيه ، وكذا في عكسه ؛ لأنها حوالة على المسلم فيه ، وإن كانا عن سلم . . فأولى بعدم الصحة ؛ لأنها حوالة به وعليه .

وإن كان الطعامان عن قرض . . صحت الحوالة على الأصح .

قوله : (فرع : قال البائع : لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه ، وقال المشتري في الثمن : مثله . . أجبر البائع) أي : على التسليم أولاً ؛ لأنه يجبر على تسليم ملك غيره ، والمشتري يجبر على تسليم ملك نفسه^(١) .

(وفي قول : المشتري) أي : إذا كان الثمن حالاً في العقد ، وهذا ليس بمنصوص ، وإنما خرّجه بعضهم من الصداق .

(وفي قول : لا إجبار ، فمن سلم . . أجبر صاحبه) لأنهما سواء ، وعلى هذا : يمنعهما الحاكم من التخاصم .

(وفي قول : يجبران) لأن التسليم واجب عليهما ، فيأمر الحاكم كل واحد منهما بإحضار ما عليه إليه أو إلى عدل ، فيسلم الثمن إلى البائع والمبيع إلى المشتري ، لا يضرّه بأيهما بدأ .

(١) وفي « النجم الوهاج » (١٦٩/٤) : (لأن حق المشتري في العين ، وحق البائع في الذمة ، فقدم ما يتعلق بالعين ؛ كأرض الجناية مع غيره من الديون) ، ومثله في سائر الشروح بشيء من الاختلاف في التعبير ، ثم قال : (ومنهم من علله بأن البائع يجبر . . .) إلخ .

قُلْتُ : فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا . . سَقَطَ الْقَوْلَانِ الْأَوَّلَانِ وَأُجْبِرَا فِي الْأَظْهَرِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

وَإِذَا سَلَّمَ الْبَائِعُ . . أُجْبِرَ الْمُشْتَرِي إِنْ حَضَرَ الثَّمَنُ ، وَإِلَّا ؛ فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا . . فَلِلْبَائِعِ الْفَسْخُ بِالْفَلَسِ ،

ولو كان الثمن مؤجلاً . . أجبر البائع قطعاً ، وليس له المطالبة برهن ، ولا كفيل ؛ لأنه المفرط .

(قلت : فإن كان الثمن معيناً . . سقط القولان الأولان ، وأجبرا في الأظهر ، والله أعلم) لاستواء الجانبين ، سواء أكان نقداً أم ما دخلت عليه الباء ؛ لأن النقد يتعين بالتعيين عندنا ، والمذهب : أن البائع عن الغير بوكالة أو ولاية لا يسلم المبيع حتى يقبض الثمن ؛ كما ذكروه في بابي (الفلاس) و(الوكالة) .

قوله : (وإذا سلم البائع . . أجبر المشتري إن حضر الثمن) أي : في المجلس ؛ لوجوب التسليم بتسليم البائع .

والمراد بالثمن : نوعه الذي يعطى منه ؛ لأن الكلام فيما إذا كان الثمن في الذمة .

وفهم من كلامه : أنه لا يثبت للبائع في هذه الحالة الفسخ بإصرار المشتري على الامتناع ، وهو كذلك على الأصح ، وقد صرح به في (التفليس)^(١) .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يكن الثمن حاضراً (فإن كان معسراً . . فللبائع الفسخ بالفلاس) أي : على المنصوص ، وقيل : تباع السلعة ،

(١) أي : في (كتاب التفليس) بقوله : (فلو امتنع من دفع الثمن مع يساره أو هرب . . فلا فسخ في الأصح) .

أَوْ مُوسِرًا وَمَالُهُ بِالْبَلَدِ أَوْ مَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ . . حُجِرَ عَلَيْهِ فِي أَمْوَالِهِ حَتَّى يُسَلَّمَ ،
فَإِنْ كَانَ بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ . . لَمْ يُكَلَّفِ الْبَائِعُ الصَّبْرَ إِلَى إِحْضَارِهِ ،

ويقضى دينه من ثمنها .

والمراد بالمعسر هنا : ألا يكون له مال غير السلعة ، سواء كانت قدر الثمن أو أكثر .

وما ذكره المصنف من أن الفسخ بالفلس هو الذي يقتضيه كلام الشافعي والأصحاب والرافعي^(١) ، فيشترط فيه : حجر الحاكم على المشهور .
فإن سلمه تبرعاً . . لم يجز الفسخ إذا وَفَت السلعة بالثمن ؛ لأنه سلَّط على المبيع باختياره ، ورضي بدمته .

قوله : (أَوْ مُوسِرًا وَمَالُهُ بِالْبَلَدِ أَوْ مَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ)^(٢) . . حجر عليه في أمواله حتى يسلم) أي : الثمن ؛ لئلا يتصرف فيها بما يفوت به حقَّ البائع ، ولا فرق على الصحيح بين أن تكون أمواله وافية بالثمن أو لا .

وفي توقف هذا الحجر على سؤال البائع خلاف ، ظاهر النص : أنه لا يتوقف^(٣) ، قاله في « المطلب » ، وَحَكَّى أيضاً عن ظاهر النص ومقتضى كلام الأكثرين : أن الحجر لا ينفك بمجرد التسليم ، بل لا بد من فكِّ القاضي .

والمراد بالمسافة القريبة : ما دون مسافة القصر .

قوله : (فَإِنْ كَانَ بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ . . لَمْ يُكَلَّفِ الْبَائِعُ الصَّبْرَ إِلَى إِحْضَارِهِ)

(١) مختصر المزني (ص : ١٢٧) ، الشرح الكبير (٣١٤ / ٤) ، وراجع « المهمات » (٢٣٣ - ٢٣٢ / ٥) .

(٢) قوله : (أَوْ مَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ) كذا في (أ) و (ب) و « النجم الوهاج » (١٧٠ / ٤) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (أَوْ بِمَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ) .

(٣) مختصر المزني (ص : ١٢٧) .

كتاب البيع / باب في حكم المبيع ونحوه قبل قبضه وبعده ١٥٩
وَالْأَصَحُّ : أَنَّ لَهُ الْفَسْخَ ، فَإِنْ صَبَرَ . . . فَالْحَجَرُ كَمَا ذَكَرْنَا .

وَلِلْبَائِعِ حَبْسُ مَبِيعِهِ حَتَّى يَقْبِضَ ثَمَنَهُ إِنْ خَافَ فَوْتَهُ بِلاَ خِلَافٍ ، وَإِنَّمَا
الْأَقْوَالُ إِذَا لَمْ يَخَفْ فَوْتَهُ ، وَتَنَازَعًا فِي مُجَرَّدِ الْإِبْتِدَاءِ .

لما فيه من الضرر عليه بتأخير حقه ، وقال ابن سريج : يكلف ذلك ، ولكن مع
رد المبيع إليه والحجر على المشتري ، قال الزركشي : كذا نقله ، والذي في
« النهاية »^(١) عنه : لا يُحَجَرُ .

قوله : (والأصح : أن له الفسخ) لأنه يتضرر بتأخير الثمن ، فجاز له
الرجوع إلى عين ماله ؛ كالفلس ، والثاني : تباع السلعة ، ويوفى من ثمنها
حقه .

قوله : (فإن صبر . . . فالحجر كما ذكرنا) أي : حتى يُسَلَّم على
المشهور ؛ خوفاً من تفويته للمال ، وفي وجه : إنما يحجر حيث لا يثبت
الفسخ .

قوله : (وللبائع حبس مبيعه حتى يقبض ثمنه إن خاف فوته بلا خلاف ،
وإنما الأقوال إذا لم يخف فوته وتنازعا في مجرد الابتداء) يعني : أن الخلاف
في الابتداء بالتسليم فيما إذا تنازعا في مجرد الابتداء ، وكان كل واحد يبذل
ما عليه ، ولا يخاف فوت ما عند صاحبه .

فأما إذا لم يبذل البائع المبيع ، وأراد حبسه خوفاً من تعذر الثمن الحال . .
فله ذلك بلا خلاف .

(١) الشرح الكبير (٣١٤/٤) ، روضة الطالبين (١٨٢/٣) . نهاية المطلب (٣٧١/٥) .
وغلط الإسنوي في « الهداية إلى أوهام الكفاية » (٣٧٢/٢٠) ابن الرفعة في فهمه ما في
« النهاية » ، وقال : (فإن فيها عنه أي : في « النهاية » عن ابن سريج إثبات الحجر ونفي
الرد) ، فراجع .

.....

وكذلك للمشتري حبس الثمن خوفاً من تعذر المبيع ، وبهذا صرح الشيخ أبو حامد والماوردي^(١) ؛ لأن الإكراه عند خوف الفوات بالهرب أو تملك المال أو نحو ذلك . . فيه ضررٌ ظاهرٌ .

* * *

(١) الحاوي الكبير (٦ / ٢٧٢) .

بَابُ التَّوْلِيَةِ وَالْإِشْرَاكِ وَالْمُرَابَحَةِ

اَشْتَرَى شَيْئاً ثُمَّ قَالَ لِعَالِمٍ بِالثَّمَنِ : (وَلَيْتَكَ هَذَا الْعَقْدَ) ، فَقَبِلَ . . لَزِمَهُ
مِثْلُ الثَّمَنِ ، وَهُوَ بَيَّعَ فِي شَرْطِهِ وَتَرْتَّبَ أَحْكَامِهِ ،

(باب التولية والإشراك والمرا بحة)

الإشراك : مصدر : أشركه ؛ أي : صيّره شريكاً .

قوله : (اشترى شيئاً ثم قال لعالم بالثمن : وليتك هذا العقد ، فقبل)
أي : قال : قبلت أو توليت (. . لزمه مثل الثمن) أي : جنساً وقدرأ وصفة ،
وهو تنبيه على أنه يشترط : أن يكون مثلياً ، فلو كان عرضاً . . لم يصح إلا إن
انتقل ذلك العرض من البائع إلى المتولي ؛ فإنه يصح ، هذا إذا قال : وليتك
بما اشتريت ، فإن اشترى بعرض ، وأراد أن يولي آخر بلفظ القيام . .
فوجهان^(١) .

ولا بد من علم المشتري بالثمن ؛ كما صرح به في (المرا بحة) .

وأوهم كلامه : عدم الخلاف في جهل أحدهما ، وفيه الخلاف في نظيره
من (المرا بحة)^(٢) .

قوله : (وهو) أي : هذا العقد (بيع في شرطه وترتب أحكامه) لأن حد
البيع صادق عليه ، فيشترط فيه شروط البيع ؛ كامتناعه قبل القبض ، واشتراط
التقابض في الربويات ، وتجدد الشفعة ، وبقاء الزوائد للمشتري ، وقيل :

(١) أي : بلفظ : وليتك العقد بما قام عليّ ، قال في « تحفة المحتاج » : (جاز على الأوجه) .

(٢) أي : في المتن الآتي : (وليعلما ثمنه أو ما قام به ، فلو جهله أحدهما . . بطل على
الصحيح) .

لَكِنْ لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الثَّمَنِ .

وَلَوْ حُطَّ عَنِ الْمُؤَلَّى بَعْضُ الثَّمَنِ . . انْحَطَّ عَنِ الْمُؤَلَّى .

وَالِإِشْرَاكُ فِي بَعْضِهِ كَالتَّوْلِيَةِ فِي كُلِّهِ إِنْ بَيَّنَّ الْبَعْضَ ، فَلَوْ أُطْلِقَ . . صَحَّ
وَكَانَ مُنَاصَفَةً ، وَقِيلَ : لَا

لا يكون بيعاً جديداً ، بل يكون المؤلى نائباً عن المؤلى ، فتنتقل الزوائد إليه ،
ولا تتجدد الشفعة .

قوله : (لكن لا يحتاج إلى ذكر الثمن) لأن لفظ التولية مشعر به .

قوله : (ولو حط عن المؤلى بعض الثمن . . انحط عن المؤلى) أي : وإن
كان بعد التولية ؛ لأنه وإن كان بيعاً جديداً . . فخاصيته وفائدته : التنزيل على
الثمن الأول ، حتى لو حط قبل التولية بعض الثمن . . لم تصح التولية إلا
بالباقى ، أو كله . . لم تصح التولية ؛ كما لو قال : بعثك بلا ثمن ، وإن حطَّ
الجميع بعدها . . انحط عن المؤلى أيضاً ؛ كالبعض .

قوله : (والإشراك في بعضه كالتولية في كله إن بين البعض) أي : بأن
يقول : أشركتك معي مناصفةً أو بالنصف ، فإن قال : أشركتك في النصف . .
كان له الربع ؛ كما نقله في « الروضة » عن القفال^(١) .

واحترز بتبيين البعض : عن المبهم ، فإن لم يبين . . لم يصح ؛ للجهالة .

قوله : (فلو أطلق . . صح وكان مناصفة) أي : بأن يقول : أشركتك في
هذا العقد ، ولا يذكر مناصفة ولا غيرها ؛ حملاً لإطلاق الشركة على
التسوية ؛ كما لو أقرَّ بشيء لزيد وعمرو (وقيل : لا) أي : لا يصح ؛ كما لو
باع بألف ذهباً وفضة ، ولو قال : أشركتك فقط . . فكناية .

وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمُرَابَحَةِ ؛ بِأَنْ يَشْتَرِيَهُ بِمِئَةٍ ثُمَّ يَقُولَ : (بَعْتُكَ بِمَا اشْتَرَيْتُ وَرَبِحَ دِرْهَمٌ لِكُلِّ عَشْرَةٍ ، أَوْ رَبِحَ « دَهْ يَازْدَهْ ») .
وَالْمُحَاطَةُ ؛ كَـ (بَعْتُ بِمَا اشْتَرَيْتُ وَحَطَّ « دَهْ يَازْدَهْ ») ، وَيُحَطُّ مِنْ كُلِّ أَحَدَ عَشَرَ وَاحِدٌ ، وَقِيلَ : مِنْ كُلِّ عَشْرَةٍ .

قوله : (ويصح بيع المربحة ؛ بأن يشتريه بمئة ثم يقول : بعتك بما اشتريت وربح درهم لكل عشرة ، أو ربح ده يازده) لأنه ثمن معلوم ، فجاز البيع به ؛ كما لو قال : بعتك بمئة وعشرة .
(و ده) بالفارسية : عشرة ، و (يازده) : أحد عشر ، فمعناها : كل عشرة ربحتها درهم .

ومن أمثلة المربحة : أن يأتي بـ (في) عوضاً عن (اللام) فيقول : وربح درهم في كل عشرة .

ولم يصرح باشتراط العلم بالثمن في المربحة ؛ اكتفاءً بما سبق في التولية^(١) ، ويشترط : العلم بالربح منهما ، ويجوز أن يكون من غير جنس الثمن الأول .

قوله : (والمحاطة ؛ كـ : بعت بما اشتريت وحط ده يازده) لما سبق من كونه ثمناً معلوماً (ويحط من كل أحد عشر واحد) لأن الربح في المربحة جزء من أحد عشر ، فليكن كذلك الحط في المحاطة .

(وقيل : من كل عشرة) أي : كما زدنا في المربحة على كل عشرة واحداً ، ولو قال : يحط درهم من كل عشرة . . حط من كل عشرة ، ولو قال : لكل عشرة . . فالمحطوط درهم من كل أحد عشر على الأصح عند الماوردي فيهما^(٢) .

(١) أي : في قول المتن : (لعالم الثمن) .

(٢) الحاوي الكبير (٦ / ٢٥٢ - ٢٥٣) .

وَإِذَا قَالَ : (بَعْتُ بِمَا اشْتَرَيْتُ) لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ سِوَى الثَّمَنِ ، وَلَوْ قَالَ : (بِمَا قَامَ عَلَيَّ) . . دَخَلَ مَعَ ثَمَنِهِ أَجْرَةُ الْكَيْالِ وَالذَّلَالِ وَالْحَارِسِ وَالْقَصَّارِ وَالرَّفَاءِ وَالصَّبَّاحِ وَقِيَمَةُ الصَّبْغِ وَسَائِرِ الْمُؤْنِ الْمُرَادَةِ لِلِاسْتِرْبَاحِ .

قوله : (وإذا قال : بعت بما اشتريت . . لم يدخل فيه سوى الثمن) أي : الذي لزم به العقد ، فلو حط بعض الثمن في زمن الخيار أو زيد فيه . . لم يخبر إلا بما لزم به ، سواء باع بلفظ الشراء أو بلفظ القيام .

وإن حط جميع الثمن في مدة الخيار . . فالأصح : بطلان العقد ، وإن حط بعد اللزوم بعض الثمن ، وباع : بما اشتريت . . لم يلزمه الحط ، وبلفظ : قام علي . . لا يخبر إلا بالباقي ، وإن حط الكل . . لم يجز بيعه بلفظ : قام علي بكذا ، ويجوز بلفظ : اشتريت .

ولو حط بعض الثمن بعد جريان المراوحة . . لم يتعد إلى المشتري على الصحيح .

قوله : (ولو قال : بما قام علي . . دخل مع ثمنه أجره الكيال والدلال ، والحارس والقصار ، والرفاء^(١) والصباغ ، وقيمة الصبغ وسائر المؤن المرادة للاسترباح) أي : يحسبها ويدخلها مع الثمن ، فيقول : قام علي بكذا ، وقد بعته بما قام علي وربح كذا .

والمراد بأجرة الكيال : أن يكون اشتراه بثمان مكيل ، فإن أجره كيله عليه .
وأجرة الدلال : فسرهما ابن الرفعة ؛ بما إذا استأجر من يعرض سلعة على البيع ، ثم اشترى بها عيناً . . فإن الأجرة تضم إلى قيمة العين .

(١) الرفاء : الإصلاح ، يقال : رفأت الثوب : إذا أصلحت ما وهى منه . حاشية الكردي من هامش تحفة المحتاج (٦٦٢ / ٤) .

وَلَوْ قَصَرَ بِنَفْسِهِ ، أَوْ كَالَ ، أَوْ حَمَلَ ، أَوْ تَطَوَّعَ بِهِ شَخْصٌ . . لَمْ تَدْخُلْ أُجْرَتُهُ .

وَلْيَعْلَمَا ثَمَنَهُ أَوْ مَا قَامَ بِهِ ، فَلَوْ جَهَلَ أَحَدُهُمَا . . بَطَلَ عَلَى الصَّحِيحِ .

وتدخل أيضاً أجرة ختان العبد ، وتطين الدار ، وأجرة البيت الذي فيه المتاع ، والمكس الذي يأخذه السلطان ، وأجرة الطبيب إن اشتراه مريضاً ، وكل ما تحصل به زيادة في العين أو ثمنها ، دون ما يقصد لاستبقاء الملك ؛ كالنفقة المعتادة والكسوة .

قوله : (ولو قصر بنفسه ، أو كال ، أو حمل ، أو تطوع به شخص . . لم تدخل أجرته) أي : فليس له أن يضمّه إلى رأس ماله في لفظ القيام^(١) بالاتفاق ، قاله الإمام^(٢) ؛ لأن السلعة لا تعدّ قائمة عليه إلا بما بذله ، بل طريقه : أن يقول : عملت فيه عملاً يساوي كذا ، أو عمله لي غيري ، وكذا لو جعل الأمتعة في بيته أو فيما استعاره .

قوله : (وليعلما ثمنه أو ما قام به) أي : يجب علمهما بذلك قدرأ وصفة إذا وقع البيع به (فلو جهل أحدهما . . بطل على الصحيح) لجهالة الثمن ، والثاني : يصح .

ويشترط : معرفته قبل التفرق ، فإن^(٣) تفرّقا من غير علم . . بطل ، والثالث : يصح من غير شرط ؛ لأنه إذا قال : مراوحة . . كان مبنياً على الثمن الأول ، والرجوع إليه سهل ، بخلاف ما إذا لم يقله .

(١) أي : في قوله : بما قام عليّ .

(٢) نهاية المطلب (٢٩٢ / ٥) .

(٣) وفي (ب) : (وإذا) .

وَلْيُصَدَّقِ الْبَائِعُ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ وَالْأَجَلِ ، وَالشُّرَاءُ بِالْعَرَضِ ، وَبَيَانِ الْعَيْبِ
الْحَادِثِ عِنْدَهُ ، فَلَوْ قَالَ : (بِمِئَةِ) ، فَبَانَ بِتِسْعِينَ فَلَاظْهَرُ : أَنَّهُ يَحْطُ
الزِّيَادَةَ وَرَبِحَهَا ،

وعبر في « الروضة » ب : الأصح^(١) .

قوله : (وليصدق البائع في قدر الثمن والأجل) أي : فيجب بيانه ، وبيان
قدره إذا أخبر بلفظ الشراء ، وكذا وصف الثمن ؛ كالصحيح والمكسرة إذا أخبر
بلفظ القيام ، فكان الأولى حذف لفظ : (قدر) .

قوله : (والشراء بالعرض) .

اعلم : أنه إذا اشترى شيئاً بعرض ، فباعه مرابحة بلفظ الشراء . . يقول :
اشتريته بعرض قيمته كذا ، وبلفظ : قام . . يسمي قيمة العرض .

ومنع الرافعي من الاختصار على ذكر القيمة فيهما ، قاله الإسنوي^(٢) ، قال
ابن العماد : كلام الرافعي في التعبير بلفظ الشراء^(٣) ، أما إذا باع بلفظ القيام . .
فلم يمنع ذلك .

قوله : (وبيان العيب الحادث) أي : يبين حدوثه (عنده) لأنه لو لم
يبينه . . لتوهم المشتري أنه كان عند الشراء على ما هو عليه الآن ، وكذا إذا كان
به عيب قديم اطلع عليه بعد الشراء ورضي به . . فلا بد من بيانه أيضاً .

قوله : (فلو قال : بمئة ، فبان بتسعين . . فلاظهر : أنه يحط الزيادة
وربحها) بمعنى : لو قال : اشتريته بمئة ، وباعه مرابحة ، ثم بان أنه اشتراه

(١) روضة الطالبين (١٨٧/٣) .

(٢) المهمات (٢٣٦/٥) ، الشرح الكبير (٣٢٢/٤) .

(٣) عبارة الرافعي (٣٢٢/٤) : (ولو اشترى شيئاً بعرض وباعه مرابحة بلفظ الشراء أو بلفظ
القيام . . ذكر أنه اشتراه بعرض قيمته كذا ، ولا يقتصر على ذكر القيمة) .

وَأَنَّهُ لَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي .

بتسعين بإقراره أو بيينة . . فالبيع صحيح على الصحيح .

فعلى هذا : كذبه ضربان : خيانة وغلط ، وفي الضربين قولان ؛
أظهرهما : تسقط الزيادة وحصلتها من الربح ؛ لأنه تملك باعتبار الثمن
الأول ، فتنحط الزيادة عنه ؛ كما في الشفعة ، والثاني : لا يسقط شيء ؛ لأنه
سمى ثمناً معلوماً وعقد به .

وكلام المصنف يقتضي : جريان القولين في بقاء المبيع وتلفه ،
وهو الظاهر ؛ كما قال الرافعي^(١) ، وقال الماوردي : إن تلف . . حط
قطعاً^(٢) ، قال المصنف : ونقله صاحب « المذهب » والشاشي عن أصحابنا
مطلقاً^(٣) .

وقال السبكي : صورة محل القولين : ما إذا قال : بعتك برأس مالي وهو
مئة ربح كذا ، أما لو قال : اشتريته بمئة ، وبعته بمئة وعشرة . . فلا حط
ولا خيار ؛ لتقصير المشتري بتصديقه ، قاله القاضي حسين .

قوله : (وأنه لا خيار للمشتري) أي : على قولنا بالخط ؛ لأنه رضي
بالأكثر ، فأولى أن يرضى بالأقل ، والثاني : يثبت ؛ لأنه إن بان كذبه
بالإقرار . . لم يؤمن ثانياً ، وإن بان بالبينة . . فقد يخالف الظاهر الباطن ، أما
على قولنا : لا يحط . . فللمشتري الخيار قطعاً ، إلا أن يكون عالماً بكذب
البائع .

وفهم من كلامه : أنه لا خيار للبائع ، وهو كذلك على الصحيح .

(١) الشرح الكبير (٣٢٥ / ٤) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٥٥ / ٦) .

(٣) روضة الطالبين (١٩٢ / ٣) ، المذهب (١٣٩ / ٢) .

وَلَوْ زَعَمَ أَنَّهُ مِئَةٌ وَعَشْرَةٌ وَصَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي . . لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ فِي الْأَصَحِّ .

قُلْتُ : الْأَصَحُّ : صِحَّتُهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

وَإِنْ كَذَّبَهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ لِغَلَطِهِ وَجْهًا مُحْتَمَلًا . . لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ وَلَا بَيِّنَتُهُ ، وَلَهُ تَحْلِيفُ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ .

قوله : (ولو زعم أنه مئة وعشرة وصدقه المشتري . . لم يصح البيع في الأصح) يعني : إذا كذب بالنقصان ، فقال : كان الثمن ، أو رأس المال ، أو ما قامت به السلعة مئة ، وباعه مراوحة ، ثم قال : غلطت إنما هو مئة وعشرة ، فإن صدقه المشتري . . لم يصح البيع في الأصح ؛ لتعذر إمضائه ، فإن العقد لا يحتمل الزيادة ، وأما النقصان . . فمعهود بدليل الأرض .

(قلت : الأصح : صحته ، والله أعلم) كما لو غلط بالزيادة ، وعلى هذا : لا تثبت الزيادة ، لكن للبائع الخيار ، وقيل : تثبت مع ربحها ، ويخير المشتري .

قوله : (وإن كذبه ولم يبين لغلطه وجهاً محتملاً . . لم يقبل قوله ولا بينته) يعني : إذا كذب المشتري البائع ؛ فإن لم يبين لغلطه وجهاً محتملاً^(١) . . لا يقبل قوله ؛ لأنه رجوع عن إقرار تعلق به حق آدمي ، ولو أقام بينة . . لم تسمع ؛ لأنه مكذب لها بقوله الأول .

قوله : (وله تحليف المشتري أنه لا يعرف ذلك) أي : كونه بمئة وعشرة (في الأصح) لأنه ربما يُقرّ عند عرض اليمين ، والثاني : لا ؛ كما لا تسمع بينته .

(١) بفتح الميم ؛ أي : قريباً . تحفة المحتاج (٦٦٩ / ٤) .

وَأِنْ بَيَّنَّ . . فَلَهُ التَّحْلِيفُ ، وَالْأَصَحُّ : سَمَاعٌ بَيَّنَّتِهِ .

قوله : (وإن بين) لغلطه وجهاً محتملاً ؛ أي : مثل أن يقول : ورد عليّ كتاب ، أو : خبر على لسان وكيلي بأنه اشتراه بكذا ، فبان كذباً عليه ، أو : غلطت من ثمن متاع إلى غيره (. . فله التحليف) أي : فتسمع دعواه للتحليف ؛ لأن العذر يحرك ظنّ صدقه^(١) ، وقيل : يطرد الخلاف في التحليف إذا لم يبين .

(والأصح : سماع بينته) أي : في هذه الحالة ؛ قياساً على التحليف ، والثاني : لا ، قال في « المطلب » : وهذا هو المشهور في المذهب والمنصوص عليه^(٢) ، وعلى الأول : هو كما لو صدّقه . . ففيه الخلاف في الصحة وعدمها .

* * *

(١) كذا في « مغني المحتاج » (٤٨١/٣) و« بداية المحتاج » (٨١/٢) ، وعبارة « النجم الوهاج » (١٨٢/٤) : (لأن العذر يقوي ظنّ صدقه) .

(٢) قال في « النجم الوهاج » : (قالوا أي : ابن الرفعة والسبكي وهذه مسألة كثيرة الوقوع للحكام ، وسماع البينة فيها مشكل على المذهب ؛ كما يقتضيه إطلاق الشافعي رضي الله عنه ، وقدماء الأصحاب) .

بَابُ الْأُصُولِ وَالْثَّمَارِ

قَالَ : (بَعْتُكَ هَذِهِ الْأَرْضَ ، أَوْ السَّاحَةَ ، أَوْ الْبُقْعَةَ) ، وَفِيهَا بِنَاءٌ وَشَجَرٌ . فَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ دُونَ الرَّهْنِ .

(باب الأصول والثمار)

أي : بيع الأصول ، والأصول : الشجر ، وقال المصنف : الشجر والأرض^(١) .

قوله : (قال : بعتك هذه الأرض أو الساحة أو البقعة ، وفيها بناء وشجر . . فالمذهب : أنه يدخل في البيع دون الرهن) لأن البيع أقوى من الرهن فيستتبع ، والطريق الثاني : القطع بعدم الدخول فيهما ؛ لخروجهما عن مسمى الأرض ، والثالث : أن فيهما قولين .

ومحل هذه الطرق : ما إذا أطلق ، فإن قال : دونهما . . لم يدخل فيهما ، وإن قال : بما فيها . . دخل ، وكذا إن قال : بحقوقها ، وقيل : لا ؛ لأن اسم الحقوق إنما يقع على الطريق ومجرى الماء ونحوهما .

وأطلق الرافعي الشجر^(٢) ، ومحلّه : في الشجر الرطب الثابت ، أما اليابس أو المقلوع . . فلا يدخل من غير شرط .

وفي معنى البيع : الهبة ؛ كما صرح به الجرجاني في « الشافي » ، والوقف ؛ كما هو مقتضى كلام الرافعي في آخر (كتاب الوقف)^(٣) ، بخلاف الإعارة والإقرار .

(١) تحرير ألفاظ التنبيه (ص : ١٨٠-١٨١) .

(٢) الشرح الكبير (٣٢٨/٤) ، المحرر (ص : ٥٠٤) .

(٣) الشرح الكبير (٣٠٤/٦) .

وَأُصُولُ الْبَقْلِ الَّتِي تَبْقَى سَنَتَيْنِ ؛ كَالْقَتِّ وَالْهِنْدَبَاءِ .. كَالشَّجَرِ ،

قوله : (وَأُصُولُ الْبَقْلِ الَّتِي تَبْقَى سَنَتَيْنِ) أي : فأكثر (كَالْقَتِّ وَالْهِنْدَبَاءِ .. كالشجر) أي : لبقائها ، فتجري فيها الطرق .

وأفهم كلامه : أن ما ظهر منها يكون للبائع وهو كذلك ، لكن^(١) لا بد من اشتراط قطعه ؛ لئلا يزيد فيشتبه المبيع بغيره .

ودخل في كلامه : ما يُجَزَّ مرة بعد أخرى ؛ كَالنَّعْنَاعِ وَالْكُرْسُفِ^(٢) وَالْقَصَبِ الْفَارِسِيِّ وَغَيْرِهَا ، وما تؤخذ ثمرته مرة بعد أخرى ؛ كَالنَّرْجِسِ وَالْبَنْفَسَجِ^(٣) .

أما ما يبقى سنة واحدة ، وله ثمرة بعد ثمرة ؛ كَالْقِثَاءِ وَالْبَطِيخِ وَالْخِيَارِ .. فقليل : كالزروع ، وقيل : كالشجر ، ونقله الروياني عن النص^(٤) .

وقوله : (سَنَتَيْنِ) مثني لا مجموع .

والقت : بالقاف والتاء المثناة هو : الذي يقال له : الْقُرْطُ والرطبة والقضب^(٥) .

(١) وفي (أ) ليس : (لكن) .

(٢) النَّعْنَاع : جنس نباتات بقلية وطبية من الفصيلة الشفوية . المعجم الوسيط (ص : ٩٣٦) .
الْكُرْسُف : القطن . المعجم الوسيط (ص : ٧٨٣) .

(٣) البنفسج : نبات زهري من جنس (فيولا) من الفصيلة البنفسجية ، يزرع للزينة ولزهوره ، عَطر الرائحة . المعجم الوسيط (ص : ٧١) . النَّرْجِس : نبت من الرياحين ، وهو من الفصيلة النرجسية ، ومنه أنواع تزرع لجمال زهرها وطيب رائحته ، وزهرته تشبه بها الأعين ، واحده نَرْجِسَة . المعجم الوسيط (ص : ٩١٢) .

(٤) بحر المذهب (٤٨٧/٤) ، الأم (٨٧/٤) .

(٥) وهو علف للبهائم . تحفة المحتاج (٦٧٧/٤) .

وَلَا يَدْخُلُ مَا يُؤْخَذُ دَفْعَةً ؛ كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَسَائِرِ الزُّرُوعِ .
وَيَصِحُّ بَيْعُ الْأَرْضِ الْمَزْرُوعَةِ عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ إِنْ
جَهِلَهُ ،

قوله : (ولا يدخل ما يؤخذ دفعة ؛ كالحنطة والشعير وسائر الزروع)
أي : سواء أطلق ، أو قال : بحقوقها ؛ لأنه نماء ظاهر لا يراد للبقاء ، فلم
يدخل في بيع الأرض ؛ كالطلع المؤبّر ، ولا فرق بين ما يحصد ؛ كالحنطة ،
أو يقلع ؛ كالبصل والثوم والجَزَر ، ونَبّه عليه بقوله : (يؤخذ) .

واعترض في « المهمات » : على « الروضة » و« أصلها » في عدّ السِّلَقِ
مما يؤخذ دفعة . . بأنه يحصد مرة بعد مرة^(١) ، قال ابن العماد : إنما تحصد
أوراقه شيئاً فشيئاً ، وكل شيء حصد من أوراقه لا يخلف ، فالصواب : ما قاله
الرافعي .

قوله : (ويصح بيع الأرض المزروعة على المذهب) أي : بزرع يؤخذ
دفعة ؛ كما لو باع داراً مشحونة بأمّعة ، وقيل : قولان ؛ كالدار المستأجرة ،
أما ما يحصد مرة بعد أخرى . . فلا يمنع الصحة بلا خلاف .

قوله : (وللمشتري الخيار إن جهله) أي : بأن يكون الزرع قد حدث بعد
الرؤية وقبل البيع ؛ لتأخر^(٢) انتفاعه بالأرض ، ولو كان عالماً . . فلا خيار
قطعاً ، وكذا لا خيار له إذا رضي البائع بتسليم الزرع أو قلعه إن لم يضرّ قلعه
بالأرض .

(١) المهمات (٢٤٢/٥) ، روضة الطالبين (١٩٥/٣) ، الشرح الكبير (٣٢٩/٤) .
والسِّلَق : بقلة لها ورق طوال وأصل ذاهب في الأرض ، وورقها غضّ طري يؤكل مطبوخاً .
المعجم الوسيط (ص : ٤٤٤) .

(٢) و(أ) : (لتأخير) .

وَلَا يَمْنَعُ الزَّرْعُ دُخُولَ الْأَرْضِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَضَمَانِهِ إِذَا حَصَلَتِ التَّخْلِيَةُ فِي الْأَصَحِّ .

وَالْبَذْرُ كَالزَّرْعِ .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا أَجْرَةَ لِلْمُشْتَرِي مُدَّةَ بَقَاءِ الزَّرْعِ .

قوله : (ولا يمنع الزرع دخول الأرض في يد المشتري وضمانه إذا حصلت التخلية في الأصح) لحصول تسليم الرقبة المبيعة^(١) ، وقيل : يمنع ؛ لأنها مشغولة ، فأشبهت الدار المشحونة بالأمّعة ، وجوابه : أن تفريغ الدار ممكن في الحال .

قوله : (والبذر كالزرع) أي : البذر كنباته ، فإن كان يؤخذ دفعة ؛ كالحنطة . . لم يدخل في بيع الأرض ، وإلا . . دخل ، ومراده : الأول .

قوله : (والأصح : أنه لا أجره للمشتري مدة بقاء الزرع) أي : لا قبل القبض ولا بعده ؛ كما لو باع داراً مشحونة بالأمّعة . . فإنه لا أجره لمدة التفريغ ، والثاني : يجب ؛ لأن هذه جناية من البائع ، وجنایته كجناية الأجنبي .

ومحل الخلاف : إذا كان المشتري جاهلاً بالزرع وأجاز ، فإن كان عالماً . . فلا أجره جزماً ، قاله الإمام^(٢) .

وإنما يجب الإبقاء إذا شرطه أو أطلق ، فإن اشترط القطع . . ففي وجوب الوفاء به تردّد للأصحاب ، وجزم الرافعي في الثمرة المؤبّرة إذا شرط قطعها قبل بدوّ الصلاح بوجوبه^(٣) .

(١) عبارة « النجم الوهاج » : (لوجود التسليم في عين المبيع) .

(٢) نهاية المطلب (١٣٠ / ٥) .

(٣) الشرح الكبير (٣٤٧ / ٤) .

وَلَوْ بَاعَ أَرْضاً مَعَ بَذَرٍ أَوْ زَرْعٍ لَا يُفْرَدُ بِالْبَيْعِ . . بَطَلَ فِي الْجَمِيعِ ،
وَقِيلَ : فِي الْأَرْضِ قَوْلَانِ .

وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ : الْحِجَارَةُ الْمَخْلُوقَةُ فِيهَا ، دُونَ الْمَدْفُونَةِ ، وَلَا
خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي إِنْ عَلِمَ ، وَيُلْزَمُ الْبَائِعَ النَّقْلُ ،

قوله : (ولو باع أرضاً مع بذر أو زرع لا يفرد بالبيع . . بطل في الجميع ،
وقيل : في الأرض قولان) البذر الذي لا يفرد بالبيع هو : بذر ما لا يدخل في
بيع الأرض ، والزرع الذي لا يمكن إفراده بالبيع هو : المستور إما بالأرض ؛
كالفُجْل^(١) وغيره ، أو بما ليس من صلاحه ؛ كالحنطة في سُنبُلها .

وجه البطلان في الجميع : التفريع على المذهب : أن الإجازة فيما يصح
بالقسط ، وهو متعذر ؛ لأن الفرض أن البذر والزرع لا يمكن معرفة قيمتهما ؛
لتعذر إفرادهما بالبيع ، وإن قلنا : إن الإجازة بالجميع . . فيأتي في الأرض
القولان .

قوله : (ويدخل في بيع الأرض الحجارة المخلوقة فيها) لأنها من أجزاء
الأرض ، وكذا المثبتة أيضاً على المذهب في دخول البناء ، ثم إن كانا مضرّين
بالبناء والغراس ، وكانت الأرض تقصد لذلك . . ثبت الخيار ، وقيل : لا .

قوله : (دون المدفونة) قياساً على الأقمشة والكنوز .

قوله : (ولا خيار للمشتري إن علم) أي : كسائر العيوب ، سواء أحصل
بقلعها ضرر أم لا .

قوله : (ويلزم البائع النقل) أي : تفرغاً لملك المشتري ، سواء ضرر

(١) الفُجْل : نبات عشبي حولي أو ثنائي الحول ، واحدته : فُجْلَةٌ . المعجم الوسيط (ص :

وَكَذَا إِنْ جَهْلَ وَلَمْ يَضُرَّ قَلْعُهَا ، وَإِنْ ضُرَّ . فَلَهُ الْخِيَارُ ، فَإِنْ اخْتَارَ . لَزِمَ
الْبَائِعَ النَّقْلُ وَتَسْوِيَةُ الْأَرْضِ ،

تَبَقُّيْتُهَا أَمْ لَا ، وَيَلْزَمُهُ تَسْوِيَةُ الْحَفْرِ .

قوله : (وكذا إن جهل ولم يضر قلعها) أي : لا خيار للمشتري ، وعلى
البائع النقل وتسوية الأرض ، وللمشتري إجباره على النقل إن ضرّ تركها ،
وكذا إن لم يضرّ في الأصح .

قوله : (وإن ضر) أي : قلعها ؛ بأن نقص الأرض أو أحوج إلى مدة
لمثلها أجرة (.) (فله الخيار) ولا فرق فيه بين أن يضرّ تركها أم لا ، ولا بين أن
يجهل أصل الأحجار ، أو كون قلعها ، أو تركها مضرّاً .

وأهمل الرافعي الجهل بضرر الترك^(١) ، ولا بد منه ؛ لأنه وحده يكفي
للخيار ، قاله السبكي .

ولو رضي البائع بترك الأحجار ؛ فإن كان مضرّاً . . . لم يسقط الخيار ، وإن
لم يضر . . . سقط ، ويكون إعراضاً على الأصح ، فللبائع أن يرجع فيها متى
شاء ، ويعود خيار المشتري ، وقيل : تملكاً ، فلا يرجع .

قوله : (فإن اختار)^(٢) أي : إمضاء العقد (.) (لزم البائع النقل) تفريغاً
لملك المشتري (وتسوية الأرض) أي : سواء أكان النقل قبل القبض أم بعده ؛
كما قاله الرافعي^(٣) .

والتسوية : إعادة التراب المزال من فوق الحجارة إلى مكانه ، قاله في
« المطلب » .

(١) المحرر (٥٠٥ / ١) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (فإن أجاز) .

(٣) الشرح الكبير (٣٣١ / ٤ - ٣٣٢) .

وَفِي وُجُوبِ أَجْرَةِ مِثْلِ مُدَّةِ النَّقْلِ أَوْجُهُ ، أَصَحُّهَا : تَجِبُ إِنْ نَقَلَ بَعْدَ الْقَبْضِ لَا قَبْلَهُ .

وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْبُسْتَانِ : الْأَرْضُ وَالشَّجَرُ وَالْحَيْطَانُ ، وَكَذَا الْبِنَاءُ عَلَى الْمَذْهَبِ ،

قوله : (وفي وجوب أجرة مثل مدة النقل أوجه ؛ أصحها : تجب إن نقل بعد القبض لا قبله) لأن المنفعة قد تلفت بفعل البائع ، وفي جنايته هذا التفصيل ، والثاني : يجب قبل القبض وبعده ؛ بناء على أن جنايته كالأجنبي ، والثالث : لا يجب فيهما ؛ لأن إجازة المشتري رضا منه بتلف المنفعة في هذه المدة .

قوله : (ويدخل في بيع البستان : الأرض والشجر والحيطان ، وكذا البناء على المذهب) لا خلاف في دخول الأرض والشجر .

وفي الحيطان وما سواها من الأبنية طرق ؛ إحداها : إجراء الخلاف في دخولها تحت اسم الأرض ، والمذهب : الدخول ، والثانية : يدخل مطلقاً من غير ذكر خلاف ، والثالثة : الجزم بدخول الحيطان ، وإجراء الخلاف فيما سواها ، وهو الذي أورده الرافعي والمصنف^(١) ، وإيراد الأكثرين مائل إلى الأولى .

ولفظ (الباغ) بالفارسية كلفظ (البستان) ، وكذا الحائط وهو في اللغة : البستان إذا كان عليه حائط ، وربما أطلق على البستان مطلقاً ، ومنه الحديث : « عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ حِفْظُهَا بِالنَّهَارِ »^(٢) .

(١) الشرح الكبير (٣٣٤ / ٤) ، روضة الطالبين (٢٠٠ / ٣) .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٦٩) ، وابن ماجه (٢٣٣٢) ، وأحمد (٢٤١٨١) عن حرام بن مُحَيْصَةَ ، وفي « سنن أبي داود » عن حرام بن محيصة عن أبيه . راجع « سنن أبي داود » =

وَفِي بَيْعِ الْقَرْيَةِ : الْأَبْنِيَّةُ وَسَاحَاتُ يُحِيطُ بِهَا السُّورُ ، لَا الْمَزَارِعُ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَفِي بَيْعِ الدَّارِ : الْأَرْضُ وَكُلُّ بِنَاءٍ حَتَّى حَمَامُهَا ،

قوله : (وفي بيع القرية : الأبنية وساحات يحيط بها السور) لدخولهما في الاسم ، قال السبكي : وسكت عن السور ولا بد منه ؛ لأن كل ذلك داخل تحت اسمها ، وإن لم يكن على القرية سور . . فيدخل ما اختلط بينانيها من الأراضي والساحات والمسكن وأفنيتها ، واختار الإمام والغزالي والماوردي : دخول الأشجار التي في وسطها^(١) .

وقال الإسنوي : تنكيره للساحات يقتضي : أن إحاطة السور وصف لها فقط ، وكأنه قصد بذلك إدخال السور نفسه ، وإدخال ما خرج عنه من الأبنية المتصلة به .

قوله : (لا المزارع على الصحيح) لأنه لو حلف لا يدخل القرية . . لم يحنث بدخول مزارعها ، وفي « النهاية » : أنها تدخل^(٢) ، وعن ابن كج : إن قال : بحقوقها . . دخلت ، والصحيح : أنها لا تدخل إلا بالنص عليها .

قوله : (وفي بيع الدار : الأرض) أي : المملوكة حتى تُخومها^(٣) إلى الأرض السابعة ، ولا تدخل المحكرة^(٤) والموقوفة .

قوله : (وكل بناء حتى حمامها) لأن الدار اسم للأرض والبناء .

= بتحقيق الشيخ محمد عوامة حفظه الله .

(١) نهاية المطلب (١٢٨/٥) ، الوسيط (١٣٦/٢) ، الحاوي الكبير (١٥٧/٦) .

(٢) نهاية المطلب (١٢٨/٥) .

(٣) تُخوم الأرض : حُدودها . مختار الصحاح (ص : ٦٦) .

(٤) قوله : (المحكرة) كذا في (أ) و (ب) ، والمعروف (المحتكرة) كما في المراجع الأخرى ، وفي « البجيرمي على الخطيب » (١٧٩/٣) : (المحتكرة ؛ أي : المجمعول عليها أجرة مؤبدة) .

لَا الْمَنْقُولُ ؛ كَالدَّلْوِ وَالْبَكْرَةِ وَالسَّرِيرِ ، وَتَدْخُلُ الْأَبْوَابُ الْمَنْصُوبَةُ وَحِلْقُهَا
وَالْإِجَانَاتُ ، وَالرَّفُّ وَالسُّلَّمُ الْمُسَمَّرَانِ ، وَكَذَا الْأَسْفَلُ مِنْ حَجَرِي الرَّحَى
عَلَى الصَّحِيحِ ،

قوله : (لا المنقول ؛ كالدلو والبكرة والسريير) أي : غير المسمى ؛
لخروجها عن الاسم ، وقيد الجوهرية البكرة بإسكان الكاف^(١) ، وحكى
القزاز : الفتح .

قوله : (وتدخل الأبواب المنصوبة وحلقها) أي : قطعاً فيهما^(٢) ،
واحترز بـ (المنصوبة) : عن التي لم تنصب ، أو قلعت ، فإنها لا تدخل .

قوله : (والإجانات ، والرف والسلم المسمران ، وكذا الأسفل من حجري
الرحى على الصحيح) أي : إذا كان مثبتاً ، وكذلك الإجانات لا بد أن تكون
مُثَبَّتَةً ، والخلاف جار في الأربعة ، وفي سائر المثبتات ؛ كمعجن الخباز ،
وخشب القصار ؛ لأن الجميع يعدّ في العرف من أجزاء الدار ، والثاني :
لا تدخل ؛ لأنها إنما أثبتت ؛ لسهولة الارتفاق بها .

وعبارة الكتاب توهم : أن الخلاف خاص بحجر الرحى ، وليس
كذلك^(٣) .

والإجانات بالجيم مشددة وكسر الهمزة : جمع إجانة ، وهي : الإناء الذي
يغسل فيه الثياب ونحوها ، ويقال : بكسر الهمزة وفتحها مع التخفيف .

(١) الصحاح (ص : ١٠٣) وفيه : (بكرة البئر : ما يستقى عليها ؛ وجمعها : بَكَرَ
بالتحريك) .

(٢) وفي (ب) ليس : (فيهما) .

(٣) قال في « تحفة المحتاج » (٤ / ٦٩١ - ٦٩٢) : (والأولى : أن يجاب بأنه إنما فعل ذلك
لِيُنَبِّهَ به على فائدة دقيقة ، هي : أن ضعف الخلاف خاص بالآخر لا غير) .

وَالْأَعْلَى ، وَمِفْتَاحُ غَلْقٍ مُثَبَّتٍ فِي الْأَصْحَحِ ، وَفِي بَيْعِ الدَّابَّةِ : نَعْلُهَا ، وَكَذَا ثِيَابُ الْعَبْدِ فِي بَيْعِهِ فِي الْأَصْحَحِ .

قُلْتُ : الْأَصْحَحُ : لَا تَدْخُلُ ثِيَابُ الْعَبْدِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

والسلم : بفتح اللام ، يذكر ويؤنث ، مأخوذ من السلامة .

قوله : (والأعلى ، ومفتاح غلق مثبت في الأصح) لأنهما تابعان لشيء مثبت ، والثاني : لا ؛ كسائر المنقولات ، والوجهان في الأعلى إذا أدخلنا الأسفل ، وإلا . . فلا يدخل جزماً .

قوله : (وفي بيع الدابة : نعلها) أي : المسمر فيها ؛ لأنه كالم متصل ، وكذا بُرّة الناقة^(١) ، إلا أن يكون من ذهب أو فضة ، ولا يدخل المقود والحبل والسرّج واللجام .

قوله : (وكذا ثياب العبد في بيعه في الأصح) للعرف ، (قلت : الأصح : لا تدخل ثياب العبد ، والله أعلم) اقتصاراً على مقتضى اللفظ ، والثالث : يدخل ما يستر العورة ؛ للضرورة ، والمراد : ما كان عليه حال العقد ، والأمة كالعبد .

ولو كان في أذنه حلق ، وفي إصبعه خاتم . . لم يدخل بلا خلاف ، قال السبكي : وكذا قالوا في الحذاء في رجله ، وينبغي أن يكون كالثياب . وكل ذلك عند الإطلاق ، فلو شرط . . اتبع الشرط .

(١) البرّة : حلقة من صُفْرٍ أو غيره في أحد جانبي أنف البعير للتذليل . المعجم الوسيط (ص : ٥٣) .

فرع

بَاعَ شَجَرَةً . دَخَلَ عُرُوقَهَا وَوَرَقَهَا - وَفِي وَرَقِ الثَّوْتِ وَجْهٌ - وَأَغْصَانُهَا

قوله : (فرع : باع شجرة . . دخل عروقتها وورقها) لأنهما من أجزائها (وفي ورق التوت وجه) أي : أنه لا يدخل ؛ لأنه يقصد لتربية دود القز ، فكان كثمار سائر الأشجار .

وإنما يقصد لذلك بشروط : أن يخرج الورق في زمن الربيع ، وأن يكون ثوته أبيض ، وأن يكون ورق الأثني ، فيتقيد الخلاف بها .

وقال المتولي : ورق السدر يجري فيه الخلاف .

وللدارمي احتمال في ورق الآس^(١) .

وللعمري احتمال في ورق الحناء ، وقطع الماوردي والرويانى بأنه [لا] يكون للبائع إذا ظهر^(٢) ، حكاه الزركشي .

قوله : (وأغصانها) ولا فرق بين الخلاف^(٣) وغيره إذا لم يكن يُقطع كل سنة من وجه الأرض ، فإن كان كذلك . . فهو كالقصب ، ما ظهر منه للبائع ،

(١) الآس : شجر عطر الرائحة . المصباح المنير (ص : ٢٩) .

(٢) البيان (٢٤٤/٥) ، الحاوي الكبير (١٤٦/٦) ، بحر المذهب (٤٧٤/٤) ، وقوله : (بأنه لا يكون للبائع . .) كذا في النسختين : (أ) و (ب) وهو خطأ أو سبق قلم ، لأن المقطوع به عندهما : أنه يكون للبائع . فعبارة « الحاوي الكبير » : (فإذا بدأ ورقه بعد التفرع . . صار في حكم النخل المؤثر ؛ فيكون للبائع) ، ومثله في « بحر المذهب » وفي « عمدة المحتاج » لابن الملقن (٥٠٥/٦) : (وقطع الماوردي والرويانى بأنه يكون للبائع إذا ظهر) كذا بدون (لا) ، وهو الصواب ، وفي « أسنى المطالب » (٢٥٠/٤) : (قال الزركشي : الأقرب عدم الدخول ، وبه جزم الماوردي والرويانى) أي : عدم دخوله في البيع ، فيكون للبائع .

(٣) الخلاف : شجر البان وأغصانه ثمرته التي تشم ، راجع « النجم الوهاج » (١٩٧/٤) .

إِلَّا الْيَابِسَ ، وَيَصِحُّ بَيْعُهَا بِشَرْطِ الْقَلْعِ أَوْ الْقَطْعِ ، وَبِشَرْطِ الْإِبْقَاءِ ،
وَالْإِطْلَاقُ يَقْتَضِي الْإِبْقَاءَ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ الْمَغْرَسُ

وفي أصوله الخلاف الذي في أصول البقّل .

قوله : (إلا اليابس) أي : فلا يدخل في بيع الشجرة الرطبة ؛ لأن العادة فيه القطع ؛ كالثمرة ، قال الزركشي : وقالوا : يدخل في بيع النخلة : جريدها وسَعَفُها وخُوصُها^(١) بلا خلاف ، ولم يفرّقوا بين الرطب منه والجافّ .

قوله : (ويصح بيعها بشرط القلع أو القطع) أي : رطبة كانت أو يابسة ، وتدخل العروق عند شرط القلع ، ولا تدخل عند اشتراط القطع .

قوله : (وبشرط الإبقاء) أي : إذا كانت رطبة ، فإن شرط إبقاء اليابسة . . لم يصح البيع ، نقله الرافعي عن « التتمة »^(٢) .

قوله : (والإطلاق يقتضي الإبقاء) أي : في الرطبة ؛ تحكيماً للعادة .

نعم ؛ لو تفرّعت^(٣) منها شجرة أخرى . . فأظهر الاحتمالات كما قاله في « المطلب » : أنه يستحقّ إبقاؤها ؛ إلحاقاً لها بما يتجدّد في الأصل من العروق والغلط ، قال : ولو علم استخلافه ؛ كشجر الموز . . فلا شك في وجوب بقاءه .

قوله : (والأصح : أنه لا يدخل المغرس) أي : عند الإطلاق ؛ لأن اسم الشجرة لا يتناوله ، والثاني : يدخل ؛ لأنه يستحق الانتفاع به لا إلى غاية ،

(١) الخوص : ورق النخل . المصباح المنير (ص : ١٨٣) . السَعَف : أغصان النخل ما دَامَتْ بالخوص ؛ فإن زال الخوص عنها . . قيل : جريدٌ . المصباح المنير (ص : ٢٧٧) .

(٢) الشرح الكبير (٣٣٩/٤) .

(٣) وفي (أ) : (لو تفرقت) ، وفي « مغني المحتاج » (٤٩١/٢) ، و« تحرير الفتاوي » (٧٨٣/١) : (لو تفرّخت . . .) .

لَكِنْ يَسْتَحِقُّ مَنْفَعَتَهُ مَا بَقِيَ الشَّجَرَةُ .
 وَلَوْ كَانَتْ يَابِسَةً . لَزِمَ الْمُشْتَرِي الْقَلْعُ .
 وَثَمَرَةُ النَّخْلِ الْمَبِيعِ إِنْ شُرِطَتْ لِلْبَّائِعِ أَوْ الْمُشْتَرِي .. عُمِلَ بِهِ ،

فعلى الأصح : ليس له أن يبيع المغرس ، ولا أن يغرس بدلها ، وعلى الثاني :
 له ذلك .

ويجري الوجهان في دخول الأسّ في بيع البناء ، وفيما لو باع أرضاً
 واستثنى لنفسه شجرة .

قوله : (لكن يستحق منفعته ما بقيت الشجرة) أي : حية ، والمراد : أنه
 لا يلزمه شيء في مدة الإبقاء إذا كانت الأرض مملوكة للبائع ، فإن كانت
 مستأجرة ولم تنقص مدة الإجارة ، وعلم المشتري ذلك .. فالأشبه : وجوب
 الأجرة ، قاله في « المطلب » .

قوله : (ولو كانت يابسة .. لزِمَ المشتري القلع) أي : للعادة ، وعبر في
 « المحرر » ب : القطع^(١) ، وعبارة « المنهاج » موافقة لتعبير « الشرحين »
 و « الروضة » ب : التفريغ^(٢) ، وهي أولى ؛ لأنه يملك عروقتها .

قوله : (وثمره النخل المبيع) أي : الموجودة (إن شرطت للبائع أو
 المشتري .. عمل به) أي : سواء كانت قبل التأبير أو بعده ؛ وفاء بالشرط .

قال المتولي : لا فائدة في شرط غير المؤبرة للمشتري إلا التأكيد ، قال
 الزركشي : قد يقال : له فائدة ، وهو أنه قد يرفعه لقاض حنفي لا يرى
 حصولها للمشتري إلا بالشرط .

(١) المحرر (٥٠٩ / ١) .

(٢) الشرح الكبير (٣٣٩ / ٤) ، روضة الطالبين (٢٠٤ / ٣) وعبارتهما : (تفريغ الأرض) .

وَالْأَيُّ ؛ فَإِنْ لَمْ يَتَأَبَّرْ مِنْهَا شَيْءٌ . . . فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي ، وَالْأَيُّ . . . فَلِلْبَائِعِ .
وَمَا يَخْرُجُ ثَمَرُهُ بِلَا نُورٍ ؛ كَتَيْنٍ وَعِنَبٍ إِنْ بَرَزَ ثَمَرُهُ . . . فَلِلْبَائِعِ ،

والقياس : أنه كشرط الحمل^(١) .

وإذا شرطت للبائع ؛ فإن كانت مؤبّرة . . لم يحتج إلى شرط القطع ، وكذا
إن لم تؤبّر في الأصح .

ولو باع نخلة لم يخرج طلعتها . . فإنه يخرج على ملك المشتري ، فلو
استثناه البائع . . بطل البيع ، وإذا اطلعت في يد البائع بعد البيع . . فالطلع أمانة .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يشترط (فإن لم يتأبّر منها شيء . . فهي
للمشتري ، وإلا) أي : وإن تأبّر منها شيء وإن قلّ (. . فللبائع) أي :
جميعها المتأبّر وغيره ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ
أُبْرَتْ . . فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ » . متفق عليه^(٢) .

دل بمنطوقه : أن المؤبر للبائع ، وبمفهومه الشرطي : أن ما لم يؤبر
للمشتري ، ودل الاستثناء على أنها للمشتري عند شرطها له وإن تأبّرت .

والمراد بالتأبير : تشقق الطلع ، سواء أكان بنفسه أم بغيره ، ومقتضى
إطلاقه : أنه لا فرق بين طلع الإناث وطلع الذكور ، وهو الأصح ، والأصح :
أنه لا فرق في المتأبر بين المبيع وغيره^(٣) .

قوله : (وما يخرج ثمره بلا نور ؛ كتين وعنب إن برز ثمره . . فللبائع ،

(١) قال في « تحفة المحتاج » (٧٠٢/٤) : (وإنما بطل البيع بشرط استثناء البائع الحمل أو
منفعة شهر لنفسه ؛ لأن الحمل لا يفرد بالمبيع ، والطلع يفرد به) .

(٢) صحيح البخاري (٢٢٠٤) ، صحيح مسلم (٧٧/١٥٤٣) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٣) أي : لا فرق بين كون المتأبر في الثمر المبيع وغير المبيع ؛ إذ ما تأبر بعضه وإن قلّ . . فهو
للبيع .

وَالْأَلَّ . فَلِلْمُشْتَرِي .

وَمَا خَرَجَ فِي نَوْرٍ ثُمَّ سَقَطَ ؛ كَمِشْمِشٍ وَتَفَاحٍ . فَلِلْمُشْتَرِي إِنْ لَمْ تَنْعَقِدِ
الْثَّمَرَةُ ،

وَالْأَلَّ . فَلِلْمُشْتَرِي) لأن الظهور هنا كالتشقق في النخل ، ولو ظهر بعضه دون
بعض . . ففي « المذهب » و« التهذيب » : أن ما ظهر للبائع ، وما لم يظهر
للمشتري^(١) ، وصرّح به المتولي والرويان في التين خاصة^(٢) .

قال ابن العماد : إن المتولي ذكر العنب ، وأن حكمه حكم النخل المؤبر .
والمراد بالثمر : المقصود من تلك الأصول ، مطعوماً كان أو مشموماً ،
فيدخل الياسمين فيه ؛ لأنه يخرج بلا نور .

فائدة : النور هو : الزهر على أي لون كان ، وقيل : النور : ما كان
أبيض ، والزهر : ما كان أصفر .

قوله : (وما خرج في نور ثم سقط ؛ كمشمش وتفاح . . فللمشتري إن لم
تنعقد الثمرة) أي : لأنها كالمعدومة ، ومراده : الذي من شأنه ذلك ، وقد
يوجد في بعض النسخ بلفظ المضارع^(٣) .

(١) المذهب (٩٨ / ٣) ، التهذيب (٣٦٩ / ٣) .

(٢) بحر المذهب (٤٧٨ / ٤) .

(٣) وفي « النجم الوهاج » (٢٠١ / ٤) : (وما يخرج في نوره) ، وفي « المحرر »
(٥٠٩ / ١) : (والتي تخرج ثمرتها في نور) ، قال في « تحفة المحتاج » (٧٠٥ / ٤) -
(٧٠٦) : (وتعبير « أصله » بـ « يخرج » سالم من ذلك ، وحكمة عدوله عنه : خشية إيهام
اتّحاد هذا - أي : ما يخرج في نور . . إلخ - مع ما قبله - أي : ما يخرج ثمره . . إلخ - في
أن لكل نوراً قد يُوجد وقد لا ، وليس كذلك ؛ إذ نفى النور عن ذاك . . نفى له عنه من
أصله ؛ كما تُفهمه مغايرة الأسلوب) ، وما بين المعترضات من « حاشية الشرواني »
(٤٥٦ / ٤) .

وَكَذَا إِنْ انْعَقَدَتْ وَلَمْ يَتَنَاثِرِ النَّورُ فِي الْأَصْحِّ ، وَبَعْدَ التَّنَاثُرِ لِلْبَائِعِ .
 وَلَوْ بَاعَ نَخْلَاتِ بُسْتَانٍ مُطْلَعَةً وَبَعْضُهَا مُؤَبَّرٌ . فَلِلْبَائِعِ ، فَإِنْ أَفْرَدَ مَا لَمْ
 يُؤَبَّرْ . فَلِلْمُشْتَرِي فِي الْأَصْحِّ ،

قوله : (وكذا إن انعقدت ولم يتناثر النور في الأصح) قياساً على ثمرة
 النخل إذا لم يتشقق عنها الكمّام ، والثاني : للبائع ؛ تنزيلاً لاستئجارها بالنور
 منزلة استئجار ثمرة النخل بعد التأبير .

قوله : (وبعد التناثر للبائع) أي : لظهورها في ملكه .

قوله : (ولو باع نخلات بستان مطلعة وبعضها مؤبر .. فللبائع) أي :
 جميع الثمار للبائع ؛ إلحاقاً لغير المؤبر بالمؤبر ؛ لأن المؤبر ظاهر ، واتباع
 الباطن للظاهر أولى ، ولا خلاف فيه إذا كانت من نوع واحد ، فإن اختلف ..
 فعلى الأصح .

والمراد : أنه لا يشترط التأبير في كل كمّام ، بل النخلة إذا أُبرَّ بعضها ..
 فالكل للبائع ، ويدخل ما طلع أيضاً بعد البيع على الأصح .

وكان الأحسن حذف قوله : (مطلعة) وأن يقول : (وبعضها تأبر) ليعمّ
 ما تشقق بنفسه وبغيره ؛ كما عبّر أولاً^(١) .

قوله : (فإن أفرد ما لم يؤبر) أي : فإن أفرد بالبيع غير المؤبر من البستان
 الواحد (.. فللمشتري في الأصح) لأنه بإفراده بالبيع انقطع عن التبعية ،
 والثاني : للبائع ؛ اكتفاء بالتأبير في غير المبيع^(٢) .

(١) أي : في قول المتن : (وثمره النخل المبيع ...) إلخ ، وقال في « تحفة المحتاج »
 (٧٠٧/٤) ردّاً على من اعترض على المتن : (وفائدة ذكره : بيان أنّ الإطلاّع لا يستلزم
 التأبير) .

(٢) وفي « النجم الوهاج » (٢٠٢/٤) : (اكتفاء بدخول وقت التأبير) .

وَلَوْ كَانَتْ فِي بُسْتَانَيْنِ . . . فَلَا صَحْحُ : إِفْرَادُ كُلِّ بُسْتَانٍ بِحُكْمِهِ .
وَإِذَا بَقِيَتِ الثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ ؛ فَإِنْ شُرِطَ الْقَطْعُ . . . لَزِمَهُ ، وَإِلَّا . . . فَلَهُ تَرْكُهَا
إِلَى الْجَدَادِ .
وَلِكُلِّ مِنْهُمَا السَّقْيُ إِنْ انْتَفَعَ بِهِ الشَّجَرُ وَالثَّمَرُ ، وَلَا مَنَعَ لِلْآخِرِ ،

قوله : (ولو كانت في بستانين) أي : لرجل واحد ، وباعهما صفقة واحدة (. . . فلاصحح : إفراد كل بستان بحكمه) لأن اختلاف البقاع له أثرٌ بينٌ في وقت التأبير ، والثاني : أن أحد البستانين يتبع الآخر ، ولا فرق بين أن يكون البستانان متباعدين أو متقاربين ، بشرط أن يكونا في إقليم واحدٍ ومكانٍ طبعه واحد .

قوله : (وإذا بقيت الثمرة للبائع) أي : إما بالتأبير أو بالشرط (فإن شرط القطع . . . لزمه) أي : وفاءً بالشرط (وإلا . . . فله تركها إلى الجداد) أي : وإن لم يشترط القطع^(١) ، بل شرط الإبقاء أو أطلق . . . فله تركها إلى أول وقت الجداد المعتاد ، حتى لو كانت العادة القطع قبل النضج . . . وجب ، ولا فرق بين ثمرة النخل والقطن وسائر الأشجار .

قوله : (ولكل منهما السقي إن انتفع به الشجر والثمر ، ولا منع للآخر) التعبير بالانتفاع عبارة الأكثرين ، وفي « المذهب » و« الوسيط » : إن لم يكن على الآخر ضرر^(٢) ، وهي أشمل ؛ لأن المنع عند عدم الضرر تعنت .

أما إذا اختصت الحاجة للسقي بالثمار . . . فهي على البائع ، وعلى المشتري

(١) وفي (ب) : (وإن لم يشترط القلع) .

(٢) المذهب (١٠١ / ٣) ، الوسيط (١٣٩ / ٢) .

وَإِنْ ضَرَّهُمَا . . لَمْ يَجْزُ إِلَّا بِرِضَاهُمَا ، وَإِنْ ضَرَّ أَحَدُهُمَا وَتَنَازَعَا . . فُسِّخَ الْعَقْدُ إِلَّا أَنْ يُسَامَحَ الْمُتَضَرِّرُ ، وَقِيلَ : لِطَالِبِ السَّقْيِ أَنْ يَسْقِيَ .
وَلَوْ كَانَ الثَّمَرُ يَمْتَصُّ رُطُوبَةَ الشَّجَرِ . . لَزِمَ الْبَائِعُ أَنْ يَقْطَعَ أَوْ يَسْقِيَ .

تمكينه من ذلك ، فإن لم يأتمنه . . نصب الحاكم أميناً للسقي ، ومؤنته على البائع .

قوله : (وإن ضرهما . . لم يجز إلا برضاهما) لأنه يُدخل على صاحبه ضرراً بغير نفع يعود إليه ، فإن رضيا . . جاز ، لا يقال : إن في رضاهما فساد المال ، فلا يجوز ؛ لأن المقصود : أن المنع لحق الغير يرتفع بالرضا ، ويبقى ذلك كتصرفه في خاص ملكه .

قوله : (وإن ضر أحدهما وتنازعا . . فسخ العقد) لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر ، والفاسخ الحاكم ، وقيل : المتضرر .

قوله : (إلا أن يسامح المتضرر) أي : فلا فسخ ؛ لزوال النزاع (وقيل : لطالب السقي أن يسقي) أي : فيُجبر الممتنع ؛ لدخوله في العقد على ذلك^(١) .

وإذا قلنا بالسقي . . فالمؤنة على طالبه ، ويسقي من الماء المعد لسقي تلك الأشجار .

قوله : (ولو كان الثمر يمتص رطوبة الشجر . . لزم البائع أن يقطع أو يسقي) دفعاً لضرر المشتري ، فإن تعذر السقي لانقطاع الماء ، وعظم ضرر النخل بحيث يخاف عليها الجفاف ، أو نقص حملها في المستقبل نقصاً

(١) أي : لدخول الآخر المتضرر في العقد على الضرر ؛ أي : قبوله مع الضرر . راجع « تحفة المحتاج » مع حواشيه (٧١١ / ٤) ، وعبارة « مغني المحتاج » (٤٩٥ / ٢) : (ولا يبالي بضرر الآخر ؛ لأنه قد رضي به حين قديم على هذا العقد) .

فصل

يَجُوزُ بَيْعُ الثَّمَرِ بَعْدَ بُدْوِ صِلَاحِهِ مُطْلَقًا ، وَبِشَرَطِ قَطْعِهِ ، وَبِشَرَطِ
إِبْقَائِهِ .

كثيراً . فالأظهر : وجوب القطع ، وفي « زيادته » : أن محل القولين : ما إذا
كان للبائع نفع في ترك الثمرة ، فإن لم يكن . . وجب القطع بلا خلاف^(١) .
ولو كان الضرر خاصاً بالثمرة . . فصاحبها بالخيار ، أو شاملاً لها
وللشجر . . فقطع الثمرة واجب ، ولصاحب الشجر إجباره ، ولو لم يضر
واحداً منهما . . تركت إلى الجداد .
هذا إذا كان التعذر لإعواز الماء ، فإن كان لفساد آله ، أو مجاريه . .
فأيهما تضرر كان له إصلاح ما يوصله إلى السقي ، قاله الماوردي^(٢) .

(فصل)

[في بيان بيع الثمر والزرع ، وبدو صلاحهما]

(يجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه مطلقاً ، وبشرط قطعه ، وبشرط إبقائه)
لقوله صلى الله عليه وسلم : « لَا تَبَايَعُوا الثَّمَرَ حَتَّى يَبْدُوَ صِلَاحُهَا » . متفق
عليه^(٣) .

دل على الجواز بعد بدو الصلاح ، ولم يخصه بحالة من الأحوال الثلاث ،
فدلّ على التعميم .

وإذا باع بلا شرط . . استحقّ المشتري إبقائه إلى أوان الجداد للعادة ، قال

(١) روضة الطالبين (٢٠٩ / ٣) .

(٢) الحاوي الكبير (١٥٠ / ٦) .

(٣) صحيح البخاري (٢١٩٩) ، صحيح مسلم (١٥٣٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

وَقَبْلَ الصَّلَاحِ إِنْ بَاعَ مُنْفَرِداً عَنِ الشَّجَرِ . . لَا يَجُوزُ إِلَّا بِشَرْطِ قَطْعِهِ ،
وَأَنْ يَكُونَ الْمَقْطُوعُ مُنْتَفِعاً بِهِ ، لَا كَكُمَثْرَى ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ الشَّجَرُ
لِلْمُشْتَرِي . . جَازَ بِلَا شَرْطٍ .

الإمام : ومؤنة السقي إلى أوان الجداد على البائع^(١) ، حكاها الزركشي .

قوله : (وقبل الصلاح إن بيع منفرداً عن الشجر . . لا يجوز إلا بشرط
قطعه)^(٢) سواء أجرت العادة بقطعه أم لا ؛ للحديث ، فإنه يدل بمنطوقه على
المنع .

وخرج : المشروط فيه القطع بالإجماع ؛ كما نقله الرافعي^(٣) ، ولا خلاف
في منع بيعها بشرط التبقية ، ويمنع أيضاً بيعها مطلقاً .

قوله : (وأن يكون المقطوع منتفعاً به) أي : كالحِضْرَم^(٤) واللوز (لا
ككمثري) أي : لا يصح بيع ما لا منفعة فيه بشرط القطع ؛ كالجوز
والكمثري ، ذكره المتولي ، وتبعه الروياني والرافعي^(٥) ، وهو معلوم مما
سبق أول (البيع)^(٦) فإذا باع بشرط القطع ، فرضي البائع بإبقائه . . جاز ، ولو
مضت مدة قبل القطع ؛ فإن كان البائع طالبه بالقطع فلم يقطع . . لزمته
الأجرة ، وإلا . . فلا ، قاله الخوارزمي .

قوله : (وقيل : إن كان الشجر للمشتري . . جاز بلا شرط) لأنهما
يجتمعان في ملك شخص واحد ، فأشبه ما لو اشتراهما معاً ، وصححه في

(١) نهاية المطلب (١١٦/٥) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (إلا بشرط القطع) .

(٣) الشرح الكبير (٣٤٦/٤) .

(٤) الحِضْرَم : أول العنب ما دام حامضاً . المصباح المنير (ص : ١٣٩) .

(٥) بحر المذهب (٤٩٤/٤) ، الشرح الكبير (٣٤٧/٤) .

(٦) أي : في قول المتن : (الثاني : النفع) .

قُلْتُ : فَإِنْ كَانَ الشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي وَشَرَطْنَا الْقَطْعَ . . لَمْ يَجِبِ الْوَفَاءُ بِهِ ،
وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

وَإِنْ بَاعَ مَعَ الشَّجَرِ . . جَازَ بِلَا شَرْطٍ ، وَلَا يَجُوزُ بِشَرْطٍ قَطْعِهِ .

« الروضة » في (المساقاة)^(١) .

(قلت : فإن كان الشجر للمشتري وشرطنا القطع^(٢) . . لم يجب الوفاء به ، والله أعلم) أشار إلى أن الأصح : أن شرط القطع يشترط هنا ، ولكن لا يلزم الوفاء به^(٣) .

وصورة كون الشجر للمشتري والثمرة للبائع : إما ببيع الشجر بعد التأبير ، أو يوصي له بالثمرة ويموت فيبيع من الورثة .

قوله : (وإن بيع) أي : الثمر (مع الشجر . . جاز بلا شرط) لقوله صلى الله عليه وسلم : « إِلَّا أَنْ يَشْرَطَ الْمُبْتَاعُ »^(٤) .

دل على جواز إدخالها في البيع ، ولم يفصل بين اشتراط القطع وعدمه .

نعم ؛ لو فصل الثمن فقال : بعتك الشجرة بدينار والثمرة بعشرة . . لم يصح ؛ لانتهاء التبعية ؛ كما قاله الرافعي في (المساقاة)^(٥) ، وفي « زوائد الروضة » : لو قطع شجرة عليها ثمرة ، ثم باع الثمرة وهي عليها . . جاز من غير شرط القطع ؛ لأن الثمرة لا تبقى عليها ، فيصير كشرط القطع^(٦) .

قوله : (ولا يجوز بشرط قطعه) لأن فيه حجراً على المشتري في ملكه ،

(١) روضة الطالبين (٢٣٨ / ٤) .

(٢) وفي (ب) : (وشرط القطع) .

(٣) وفائدة شرط القطع فيه : الخروج من النهي ، وصحة البيع . حاشية القليوبي (٣٧١ / ٢) .

(٤) أخرجه البخاري (٢٢٠٤) ، ومسلم (١٥٤٣ / ٧٧) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٥) الشرح الكبير (٥٧ / ٦) .

(٦) روضة الطالبين (٢١١ / ٣) .

وَيَحْرُمُ بَيْعُ الزَّرْعِ الْأَخْضَرِ فِي الْأَرْضِ إِلَّا بِشَرْطِ قَطْعِهِ ، فَإِنْ بَاعَ مَعَهَا أَوْ
بَعْدَ اسْتِدَادِ الْحَبِّ . . جَازَ بِلَا شَرْطٍ ،

ولا فرق في ذلك بين شجر النخل وغيره .

قوله : (ويحرم بيع الزرع الأخضر في الأرض إلا بشرط قطعه) أي : فلا
يصح الإطلاق ، ولا بشرط الإبقاء ؛ لما روى مسلم عن ابن عمر : أن النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ثمرة النخل حتى تُزْهَى ، والسنبُل والزرع حتى
يَبْيَضَّ ، وَيَأْمَنَ الْعَاهَةُ^(١) .

وعبارة « المحرر » : (لا يجوز بَيْعُ الزرع الأخضر والبقول إلا بشرط القطع
أو القلع)^(٢) وفيها : أنه لا يصح البيع ؛ لأنه يلزم من الفساد التحريم ،
والتحريم لا يستلزم البطلان ، وفيها التصريح بالبقول ، والتحاق القلع
بالقطع ، وفات « المنهاج » تقدم النفي ؛ لإتيانه بـ (إلا) نَبّه عليه الزركشي .
والبقول كالزرع ، فلو باعه من مالك الأرض . . فكبيع الثمرة من مالك
الشجرة .

قوله : (فإن بيع معها) أي : بيع الزرع مع الأرض (أو بعد اشتداد الحب)
يعني : وحده (. . جاز بلا شرط) أما الأول . . فكبيع الثمرة مع الشجرة ،
وأما الثاني . . فكبيع الثمرة بعد بدو الصلاح .

(١) صحيح مسلم (٥٠ / ١٥٣٥) . قوله : (تُزْهَى) كذا بضمّ التاء في (أ) و (ب) . وفي
الحديث : (يَزْهَوُ) بفتح الياء . قال النووي في « شرح صحيح مسلم » (٤١٩ / ٥ - ٤٢٠) :
(قوله : « يَزْهَوُ » هو بفتح الياء كذا ضبطوه ، وهو صحيح) ثم حكى أقوال أهل العلم في كل
من (زَهَا يَزْهَوُ) و (أَزْهَى يُزْهَى) وقال : (ويحصل من مجموعها جواز ذلك كله ، فالزيادة
من الثقة مقبولة ، ومن نقل شيئاً لم يعرفه غيره . . قبلناه إذا كان ثقة) ، وليس في « مسلم »
لفظ : (والزرع) ، وبه أخرجه البزار في « المسند » (٥٨١٧) .

(٢) المحرر (٥١١ / ١ - ٥١٢) .

وَيُشْتَرَطُ لِبَيْعِهِ وَبَيْعِ الثَّمَرِ بَعْدَ بُدْوِ الصَّلَاحِ : ظُهُورُ الْمُقْصُودِ ؛ كَتَيْنٍ وَعَنْبٍ وَشَعِيرٍ .

وَمَا لَا يَرَى حَبُّهُ ؛ كَالْحِنْطَةِ وَالْعَدَسِ فِي السُّنْبُلِ . . لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ دُونَ سُنْبُلِهِ ، وَلَا مَعَهُ فِي الْجَدِيدِ .
وَلَا بِأَسْ بِكَمَامٍ لَا يُزَالُ إِلَّا عِنْدَ الْأَكْلِ .

ومحل الثاني : ما يصح بيعه في سنبله ؛ كالشعير ونحوه مما يبدو حبه ، أما ما له كَمَامٍ ؛ كالحنطة . . فلا يصح بيعها في سنبلها مع الأرض على المذهب ، وذكر المتولي وغيره : أن اشتداد بعض السنابل كبدا الصلاح في بعض الثمار ، حكاها الزركشي .

قوله : (ويشترط لبيعه وبيع الثمر بعد بدو الصلاح : ظهور المقصود) حتى لا يكون بيع غائب (كتين وعنب وشعير) وكذا السُّلْتُ^(١) ؛ لأن حياته ظاهرة ، والصحيح : التَّحَاقُّ الْأَرْزُزَّ بالشعير ؛ لأن بقاءه من مصلحته .

قوله : (وما لا يرى حبه ؛ كالحنطة والعدس في السنبُل . . لا يصح بيعه دون سنبله) لاستتاره (ولا معه في الجديد) لأن المقصود مستتر بما ليس من صلاحه ، فأشبه الحنطة في تبنيها بعد الدياسة ، والقديم : الجواز ؛ لأن حديث ابن عمر : (حَتَّى يَبْيَضَ) دل مفهومه على الجواز بعد ذلك ، ولم يفصل بين حبّ وحبّ .

والقولان فيما قبل الدِّيَاسِ^(٢) ، أما بعده وقبل التصفية من التبن . . فلا يجوز بيعها قطعاً ، قاله الزركشي .

قوله : (ولا بأس بكمام لا يزال إلا عند الأكل) أي : سواء كان من

(١) السُّلْتُ : ضرب من الشعير ليس له قِشْرٌ ، كأنه الحنطة . مختار الصحاح (ص : ٢١٩) .

(٢) دَاسَ الرجلُ الحنطة يدوسها دوساً ودِيَاساً . المصباح المنير (ص : ٢٠٣) .

وَمَا لَهُ كِمَامَانٍ ؛ كَالْجَوْزِ وَاللُّوزِ وَالْبَاقِلَاءِ .. يُبَاعُ فِي قَشْرِهِ الْأَسْفَلِ ، وَلَا يَصِحُّ فِي الْأَعْلَى ، وَفِي قَوْلٍ : يَصِحُّ إِنْ كَانَ رَطْبًا .
وَبَدُوُ صِلَاحِ الثَّمَرِ : ظُهُورُ مَبَادِيءِ النُّضْجِ وَالْحَلَاوَةِ فِيمَا لَا يَتَلَوَّنُ ، ..

الثمار ؛ كالرمان والموز ، أو من الزرع ؛ كالعَلَسِ^(١) ؛ لأن بقاءه فيه من مصلحته ، ومثله الباذنجان ؛ لأن قشره يحفظ رطوبته ، ومن ذلك قصب الشُّكَّرِ ؛ كما في « المطلب » عن « الحاوي »^(٢) ، وجزم به في « الاستقصاء » أيضاً .

قوله : (وما له كمامان ؛ كالجوز واللوز والباقلاء .. يباع في قشره الأسفل) لأن بقاءه فيه من صلاحه .

فائدة : الكمام بالكسر : أوعية الطلع ، أحدها (كِمَم) بكسر الكاف و (كمامة) ، والجمع : كمام وأكمام وأكاميم ، قاله الجوهري^(٣) ، فالصواب على هذا في كلام المصنف : (كمامتان) بزيادة التاء ، أو كِمَامَان ؛ لأن مراده : فردان من أفراد الأكمة^(٤) .

قوله : (ولا يصح في الأعلى) أي : لا على الشجر ولا على الأرض ؛ لأنه ليس من مصلحته (وفي قول : يصح إن كان رطباً) لأنه يصون القشرة السفلى ، ويحفظ رطوبة اللب ، فيتعلق الصلاح به .

قوله : (وبدو صلاح الثمر : ظهور مبادئ النضج والحلاوة فيما لا يتلون ،

(١) الغَلَسُ : ضرب من الحنطة يكون في القشرة منه حبتان وقد تكون واحدة أو ثلاث . المصباح المنير (ص : ٤٢٨) .

(٢) الحاوي الكبير (١٧١ / ٦) .

(٣) الصحاح (ص : ٩٢٤) وفي المطبوع منه (والجمع : كِمَام وأَكِمَّة وأَكِمَام) ، وفي « مختار الصحاح » (ص : ٣٩٣) : (والجمع : أَكِمَام وأَكِمَّة وكِمَام وأَكَامِيم) .

(٤) قال في « تحفة المحتاج » : (« كمامان » مثني (كمام) استعمالاً له في المفرد مجازاً) .

وَفِي غَيْرِهِ : بِأَنْ يَأْخُذَ فِي الْحُمْرَةِ أَوْ السَّوَادِ .

وَيَكْفِي بُدُوُ صَلاَحٍ بَعْضِهِ وَإِنْ قَلَّ ، وَلَوْ بَاعَ ثَمَرَ بُسْتَانٍ أَوْ بُسْتَانَيْنِ بَدَا صَلاَحُ بَعْضِهِ . . فَعَلَى مَا سَبَقَ فِي التَّأْيِيرِ .

وفي غيره (أي : فيما يتلون (بأن يأخذ في الحمرة أو السواد) الأصل في ذلك : تفسير أنس (الزهو) بأن يحمرّ أو يصفرّ^(١) .

ومقتضى عبارة « المحرر » و« الشرحين » و« الروضة » : أن بدو الصلاح بظهور مبادئ النضج والحلاوة مطلقاً ، وأنه يعرف بالتلون فيما يتلون ، وفي غيره ؛ كالعنب الأبيض . . باللين أو التمويه ، وهو صفاؤه ، وجريان الماء فيه ، وضبطه الرافعي بالضرورة إلى الصفة التي يطلب غالباً^(٢) .

قوله : (ويكفي بدو صلاح بعضه وإن قل) حتى لو بدا في حبة واحدة في قدر يسير منها . . كان صلاحاً لجميع ذلك الجنس ؛ لأن الثمار لا تطيب دفعة .

وليس صلاح جنس صلاحاً لجنس آخر ، فلو باع بُسْراً بدا صلاحه ، وعنباً لم يبد صلاحه صفقة واحدة . . اشترط القطع في العنب دون البُسْر .

قوله : (ولو باع ثمر بستان أو بستانين بدا صلاح بعضه . . فعلى ما سبق في التأخير) أي : فلا تبعيّة على الأصح إذا أفرد ما لم يبد صلاحه ، أو اختلف البستان أو المالك أو النوع في البستان .

وحكم الزرع في ذلك كالثمار إذا اشتد بعض السنابل . . كان كبدا صلاح في بعض الثمار .

(١) أخرجه البخاري (٢٢٠٨) ، ومسلم (١٥٥٥) .

(٢) المحرر (٥١٢/١ - ٥١٣) ، الشرح الكبير (٣٥٠/٤ - ٣٥١) ، روضة الطالبين (٣/٢١٢ - ٢١٣) .

وَمَنْ بَاعَ مَا بَدَأَ صَلاَحُهُ . . لَزِمَهُ سَقْيُهُ قَبْلَ التَّخْلِيَةِ وَبَعْدَهَا ، وَيَتَصَرَّفُ مُشْتَرِيهِ بَعْدَهَا .

وَلَوْ عَرَضَ مُهْلِكٌ بَعْدَهَا ؛ كَبَرِدٍ . . فَالْجَدِيدُ : أَنَّهُ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي ،

قوله : (ومن باع ما بدا صلاحه) أي : زرعاً كان أو ثمرأ . . لزمه سقيه قبل التخلية وبعدها) أي : إذا باع بشرط الإبقاء أو أطلق . . لزم البائع سقيه بقدر ما ينمو ، ويسلم من التلف والفساد إلى أوان الجداد على الأصح ؛ لأنه من تنمة التسليم الواجب ، ولو شرط السقي على المشتري . . بطل البيع .

قوله : (ويتصرف مشتريه بعدها) أي : بعد التخلية ؛ لأن قبض الثمار بها على الجديد ، وعن القديم : أنه لا يحصل القبض إلا بالقطع والنقل .

فرع : باع الثمر مع الشجر فتلف الثمر بجائحة قبل التخلية . . بطل العقد فيه ، وفي الشجر القولان .

قوله : (ولو عرض مهلك بعدها ؛ كبرد) أي : إذا عرضت الآفة بعد التخلية ، وكان بيع الثمرة بعد بدو الصلاح (. . فالجديد : أنه من ضمان المشتري) لأن رجلاً أصيب في ثمار ابتاعها ، فكثر دينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لغرمائه : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ » . رواه مسلم عن أبي سعيد^(١) .

ولو كانت الجائحة من ضمان البائع . . لأسقط النبي صلى الله عليه وسلم الديون التي لحقته من ثمن الثمار التالفة ، ولأن التخلية كافية في جواز التصرف ، فكانت كافية في نقل الضمان قياساً على العقار .

والقديم : أنه من ضمان البائع إن باعه من غير مالك الأشجار ؛ لما روى

(١) صحيح مسلم (١٥٥٦) .

فَلَوْ تَعَيَّبَ بَتْرُكُ الْبَائِعِ السَّقْيَ . . فَلَهُ الْخِيَارُ .

مسلم من حديث جابر : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح^(١) .
فإن باع من مالك الأشجار ، أو بيعت مع الأشجار . . فهي من ضمان
المشتري بلا خلاف .

وجُمع بين الحديثين ؛ بأن حديث جابر فيما قبل بدو الصلاح ، وحديث
أبي سعيد فيما بعده .

وقوله : (كبرد) يجوز أن يقرأ بسكون الراء وفتحها ، وضبطه في
« الروضة » : بهما^(٢) ، وأشار به إلى الآفة السماوية ، فإن غُصب أو سُرق . .
فالمذهب : أنه من ضمان المشتري ، وقيل : بطرد القولين .

قوله : (فلو تعيب بترك البائع السقي . . فله الخيار) أي : للمشتري ؛ لأن
السقي لما كان لازماً للبائع . . كان التعيب الحادث بتركه كالعيب المتقدم على
القبض ، حتى لو تلف بذلك . . انفسخ العقد أيضاً ؛ لهذا المعنى .

قال الإسنوي : الذي في « المحرر » ذكر التعيب بالجائحة^(٣) ، فغيره
المصنف لكون الخيار بالتعيب كالضمان بالتلف عند الأصحاب ، قال :
ويظهر : أن يكون ما في « المحرر » تفريعاً على القديم .

وقال السبكي في مسألة « المنهاج » : ومن الأصحاب من قال هذا على
قوله القديم ، قال : وإذا أثبتنا الخيار فأجاز . . قال المتولي : ليس للبائع

(١) صحيح مسلم (١٧/١٥٥٤) .

(٢) وفي « بداية المحتاج » (٩٤/١) ، و« مغني المحتاج » (٥٠١/٢) : (كما ضبطه
المصنف بخطه) ، وفي « عمدة المحتاج » (كما رأيت مضبوطاً بخطه في الأصل) ، ومثله
في سائر الشروح ، ويظهر منها : أنه ضَبَطَ بهما في « المنهاج » لا في « الروضة » ، والله
أعلم ، وراجع « روضة الطالبين » (٢١٩/٢) .

(٣) المحرر (٥١٤/١) .

وَلَوْ بَيْعَ قَبْلَ صَلَاحِهِ بِشَرْطِ قَطْعِهِ ، وَلَمْ يُقَطَّعْ حَتَّى هَلَكَ . . فَأُولَى بِكَوْنِهِ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي .

وَلَوْ بَيْعَ ثَمَرٍ يَغْلِبُ تَلَاَحُقُهُ وَاخْتِلَاطُ حَادِثِهِ بِالْمَوْجُودِ ؛ كَتَيْنٍ وَقِثَاءٍ . . لَمْ يَصِحَّ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَ الْمُشْتَرِي قَطْعَ الثَّمَرَةِ .
وَلَوْ حَصَلَ الْاخْتِلَاطُ فِيمَا يَنْدُرُ فِيهِ . . فَلَاظْهَرُ : أَنَّهُ

تكليفه قطعها وإن كان في التبقية إضرار .

قوله : (ولو بيع قبل صلاحه بشرط قطعه ولم يقطع حتى هلك . . فأولى بكونه من ضمان المشتري) أي : لتفريطه ، وحكى الرافعي فيه ثلاث طرق ؛ أظهرها : أنه على القولين^(١) ، وحكى في « الروضة » : الطرق في البيع بعد بدو الصلاح بشرط القطع^(٢) ، وهما سواء ، قال في « التحرير » : فالصواب : حذف التقييد بما قبل الصلاح وما بعده^(٣) .

قوله : (ولو بيع ثمر يغلب تلاحقه واختلاط حادثه بالموجود ؛ كتين وقثاء . . لم يصح) لأنه غير مقدور على تسليمه .

قوله : (إلا أن يشترط المشتري قطع الثمرة)^(٤) أي : فيصح ؛ لانتفاء المحذور ، فإن اختلط لتأخر القطع . . كان على الخلاف الآتي^(٥) .

أما ما يندر فيه التلاحق . . فيصح بيعه مطلقاً ، وبشرط القطع والتبقية .
وأشار إليه بقوله : (ولو حصل الاختلاط فيما يندر فيه . . فلاظهر : أنه

(١) الشرح الكبير (٣٦٠ / ٤) .

(٢) روضة الطالبين (٢١٩ / ٣) .

(٣) تحرير الفتاوي (٧٩٠ / ١) .

(٤) وفي « المنهاج » المطبوع : (قطع ثمره) .

(٥) أي : في المتن الذي بعده .

لَا يَنْفَسَخُ الْبَيْعُ بَلَّ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي ،

لا ينفسخ البيع بل يتخير المشتري (أما عدم الانفساخ .. فلأن المبيع باق ، وتسليمه في الجملة ممكن ، وأما الخيار .. فلأن الاختلاط عيب حدث قبل التسليم التام .

والثاني : ينفسخ ؛ لتعذر التسليم المستحق ، وهو تسليم المبيع وحده ، وهذا القول هو الأظهر عند القاضي أبي الطيب ، وصاحب « المذهب »^(١) والغزالي في « البسيط » وغيرهم ، وصححه المصنف في « نكت الوسيط » ، ونصّ عليه الشافعي في « الأم »^(٢) و« الإملاء » ، واختاره السبكي .

ولا فرق في جريان القولين بين الاختلاط قبل القبض وبعده ، وقيل : لا ينفسخ بالاختلاط الواقع بعده جزماً ، لكن محل التخيير : إذا وقع الاختلاط قبل التخلية ، أما إذا وقع بعدها ؛ فإن اتّفقاً على شيء .. فذاك ، وإلا .. فالمصدق ذو اليد في قدر حق الآخر ، ولمن هي فيه ثلاثة أوجه من غير ترجيح .

ومقتضى عبارة الرافعي : ترجيح المشتري ، فإنه بنى الخلاف على أن الحوائج من ضمان البائع أو المشتري^(٣) .

ويجري القولان فيما إذا باع حنطة أو مائعاً ، فانصبّ عليه مثله قبل القبض ، لكن محلها فيه : إذا لم يعلم أحدهما ، وإلا .. فلا انفساخ قطعاً ، لكن يتخير المشتري .

ومعنى تخيير المشتري في جميع ذلك : رفع الأمر إلى الحاكم ليفسخ ،

(١) المذهب (١٠٥/٣) .

(٢) الأم (٨٦/٤) .

(٣) الشرح الكبير (٣٦٣/٤) .

فَإِنْ سَمَحَ الْبَائِعُ بِمَا حَدَثَ . . سَقَطَ خِيَارُهُ فِي الْأَصَحِّ .

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا بِصَافِيَةٍ ، وَهُوَ الْمُحَاقَلَةُ ،

لا استقلاله به ، حكاها في « الكفاية » عن الماوردي والقاضي أبي الطيب^(١) ، قال في « المهمات » : وكلام الرافعي موهم خلاف ذلك^(٢) .

قال ابن العماد : ولعل ما ذكره الماوردي والقاضي أبو الطيب^(٣) تفريع على أن الحاكم في باب التحالف هو الذي يفسخ ، وأما على المذهب . . فلا ، فالمعتمد : ما ذكره الرافعي .

قوله : (فَإِنْ سَمَحَ الْبَائِعُ^(٤) بِمَا حَدَثَ . . سَقَطَ خِيَارُهُ فِي الْأَصَحِّ) لزوال المحذور ، والثاني : لا يسقط ؛ لما في قبوله من المنّة .

قوله : (وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا بِصَافِيَةٍ ، وَهُوَ^(٥)) : المحاقلة (لما روى مسلم عن جابر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة ، والمزابنة ، والمخابرة ، والمعاومة ، والثُّنْيَا^(٦) .

وتفسير المحاقلة بما ذكره ورد في الحديث^(٧) ، فَإِنْ كَانَ مِنَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ . . فذاك ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الرَّاوي . . فهو أعرف من غيره .

وهي مأخوذة من (الْحَقْل) بفتح الحاء وسكون القاف ، وهي : الساحات

(١) كفاية النبيه (٢٠٤/٩) ، الحاوي الكبير (١٥٢/٦) .

(٢) المهمات (٢٦٣/٥) .

(٣) في (أ) : (والقاضي أبي الطيب) ، وفي (ب) : (والقاضي) بدون (أبو الطيب) .

(٤) قوله : (فَإِنْ سَمَحَ الْبَائِعُ) كذا في (أ) و (ب) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (فَإِنْ سَمَحَ لَهُ الْبَائِعُ) بجعل (له) من المتن .

(٥) وفي (أ) : (وهي) .

(٦) صحيح مسلم (٨٥/١٥٣٦) ، وأخرجه البخاري (٢٣٨١) .

(٧) صحيح مسلم (٨٢/١٥٣٦) .

وَلَا الرُّطْبُ عَلَى النَّخْلِ بِتَمْرٍ ، وَهُوَ الْمُزَابَنَةُ .
وَيُرَخَّصُ فِي الْعَرَايَا ، وَهُوَ بَيْعُ الرُّطْبِ عَلَى النَّخْلِ بِتَمْرٍ فِي الْأَرْضِ ، أَوْ
الْعِنَبِ فِي الشَّجَرِ بِزَيْبٍ ،

التي تزرع ، ولأنها بيع حنطة وتبن بحنطة ، فلا يصح ؛ لعدم العلم بالمماثلة .
والمخبرة : قيل : المزارعة على نصيب معين ؛ كالثلث والربع ،
والخبرة : النصيب .

والمعاومة : بيع ثمر الشجر سنتين أو ثلاثاً .

والثُّنْيَا : أن يبيع الشيء ويستثني بعضه .

قوله : (ولا الرطب على النخل بتمر ، وهو : المزابنة) للحديث ،
وتفسيرها ببيع التمر على الشجر بالتمر . . متفق عليه عند أهل الغريب^(١) .

واشتقاقها من (الزَّيْن) وهو : الدفع ، سميت بذلك ؛ لأنها مبنية على
التخمين ، والغبن فيها أكثر ، فيريد المغبون دفعه ، والغابن إمضاءه
فيتدافعان ، ولأنه بيع مال الربا بجنسه من غير تحقق المساواة في المعيار
الشرعي ، وهو الكيل .

قوله : (ويرخص في العرايا ، وهو : بيع الرطب على النخل بتمر في
الأرض ، أو العنب في الشجر بزيب) أما في الرطب . . فلأن رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ، ورخص في بيع العريّة ؛ أن تباع
بخرصها يأكلها أهلها رطباً . متفق عليه^(٢) .

(١) راجع « النهاية في غريب الحديث والأثر » (ص : ٣٩٠) ، و« الغريبتين » لأبي عبيد الهروي
(٨١٣ / ٣) وغيرهما .

(٢) صحيح البخاري (٢١٩١) ، صحيح مسلم (٦٧ / ١٥٣٩) عن سهل بن أبي حثمة رضي الله
عنه .

.....

وأما في العنب . . فقياساً على الرطب .

والخرص بكسر الخاء : المخروص ؛ أي : يقدر خرصها ، وروي بالفتح .

وأفهم كلام المصنف : المنع فيما إذا باع رطباً على النخل برطب على النخل خرصاً فيهما ، أو برطب على الأرض كيلاً ، ومنع بيع الرطب بالرطب على الأرض ، وهو الأصح فيهما ، وأنه يمتنع في البُسْر والحِضْرَم ، وليس كذلك ، بل حكمهما في الجواز حكم الرطب والعنب ، قاله الماوردي^(١) ، حكاه الإسنوي ، واقتصر في « المهمات » على أن الماوردي ألحق البُسْر بالرطب^(٢) .

وقال ابن العماد : لا يلتحق البلح الأخضر بالبسر ، ولا الحِضْرَم بالعنب^(٣) ؛ لأنهما لم يأخذ أحدهما في الكبر ، وقد رأيت من غَلَطَ فألحق الحِضْرَم بالعنب .

فائدة : العرايا : جمع عريّة ، وهي : ما يفردّها صاحبها للأكل ، فعيلة بمعنى فاعلة عند الجمهور ؛ لأنها عَرِيَتْ من حكم ما في البستان ، وبمعنى مفعولة عند الهروي وغيره ؛ لأن صاحبها يَعْرِوْها ؛ أي : يأتيها ، من قولهم : عَرَاه يَعْرِوْه : إذا أتاها^(٤) .

(١) الحاوي الكبير (١٩٢/٦) وليس فيه ذكر (الحِضْرَم) .

(٢) المهمات (٢٥٧/٥) .

(٣) أول التمر : طَلَع ، ثم خَلَّال ، ثم بلح ، ثم بُسْر ، ثم رُطْب ، ثم تمر . مختار الصحاح (ص : ٥٨) .

(٤) الغريبين لأبي عبيد الهروي (١٢٦٦/٤) ، ومثله في « النهاية في غريب الحديث والأثر » (ص : ٥٩٧) وفيه : (عراه يعروه : إذا قصده) .

فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ ، وَلَوْ زَادَ فِي صَفْقَتَيْنِ .. جَازَ ،

قوله : (فيما دون خمسة أوسق) لما روى أبو هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا في خمسة أوسق ، أو دون خمسة أوسق . متفق عليه^(١) .

والشك من داود بن الحصين أحد رواة ، فلذلك لا خلاف في الجواز فيما دون خمسة أوسق ، وفي الخمسة قولان ؛ أظهرهما : لا يجوز ؛ للشك ، والأصل : التحريم ؛ للنهي عن المزابنة .

والمراد بالخمسة : من الجاف ، فيبيع مثلاً من الرطب مقداراً لو جفّ .. لجاء منه أربعة أوسق بأربعة أوسق من التمر وإن كان الرطب الآن أكثر ، فلو جفّ الرطب المبيع فزاد ؛ فإن كان قدر ما يقع بين الكيلين .. لم يضر ، وإن كان أكثر .. فالعقد باطل على الأصح .

والنقص عن الخمسة تكفي فيه أي قدر كان ، نص عليه الشافعي^(٢) والأصحاب .

والخمسة أوسق تحديد على ما يفهمه كلام الماوردي^(٣) ، وصرح به المصنف في « رؤوس المسائل »^(٤) .

قوله : (ولو زاد في صفقتين .. جاز) يعني : إذا اشترى في صفقتين ، وكانت حصة كل صفقة دون خمسة أوسق .. جاز ؛ قياساً على الصفقة الأولى ، وكذا إن تعدد المشتري ، واتحد البائع ، وخص كل واحد القدر

(١) صحيح البخاري (٢١٩٠) ، صحيح مسلم (١٥٤١) .

(٢) اختلاف الحديث مع الأم (٢٦٥ / ١٠) .

(٣) الحاوي الكبير (١٩٠ / ٦ - ١٩١) .

(٤) رؤوس المسائل (ص : ١١٧ - ١١٨) .

وَيُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ بِتَسْلِيمِ الثَّمَرِ كَيْلًا ، وَالتَّخْلِيَةِ فِي النَّخْلِ ، وَالْأَظْهَرُ : أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي سَائِرِ الثَّمَارِ ، وَأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِالْفُقَرَاءِ .

الجائر ، فلو باع رجلان لرجل . . فالأصح : أنه كبيع رجل لرجلين .
واحترز بقوله : (في صفتين) : عما زاد في صفقة واحدة ، فإن البيع يبطل في الجميع بلا خلاف ؛ لأنه بالزيادة صار عقد ربا ، فيبطل جميعه .
قوله : (ويشترط التقابض بتسليم الثمر كيلاً ، والتخلية في النخل) لأنه مطعوم بمطعوم ، فلو تفرقا قبل ذلك . . بطل العقد ، فلو خلى بينه وبين النخلة ، ومشياً إلى الثمر ، فسلمه إياه من غير مفارقة . . جاز .
قوله : (والأظهر : أنه لا يجوز في سائر الثمار) أي : مما يدخر يابسه ؛ كالجوز واللوز والمشمش ؛ لأنها متفرقة ومستورة بالأوراق ، فلا يتأتى الخرص فيها ، والثاني : يجوز ؛ قياساً على الرطب .
قوله : (وأنه لا يختص بالفقراء) لإطلاق الأحاديث ، والثاني : يختص ، وعلى هذا الغنى المانع من ذلك : النقد ، فمن لا نقد بيده . . يجوز له ؛ كما أشار إليه المتولي والجرجاني .

بَابُ اخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعِينَ

إِذَا اتَّفَقَا عَلَى صِحَّةِ الْبَيْعِ ، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي كَيْفِيَّتِهِ ؛ كَقَدْرِ الثَّمَنِ ، أَوْ صِفَتِهِ ، أَوْ الْأَجَلِ أَوْ قَدْرِهِ ، أَوْ قَدْرِ الْمَبِيعِ

(باب اختلاف المتبايعين)

(إذا اتفقا على صحة البيع ، ثم اختلفا في كیفيته ؛ كقدر الثمن) كما إذا قال البائع : بمئة ، فقال المشتري : بخمسين .

(أو صفته) كما إذا قال البائع : بصحاح ، فقال المشتري : بمكسرة ، وَصَرَّحَ فِي « المحرر » بالجنس^(١) ؛ بأن يقول البائع : بذهب ، فيقول المشتري : بفضة .

(أو الأجل) بأن يدعي البائع الحلول ، والمشتري الأجل .

(أو قدره) كدعوى البائع التأجيل بشهر ، والمشتري التأجيل بشهرين .

(أو قدر المبيع) كما لو قال : بعثك صاعاً من هذه الصبرة بدرهم ، فقال : بل صاعين منها به .

وهكذا جنسه ، كما لو قال : بعثك هذا العبد بهذه الألف ، فقال : بل بعثني بها هذه الجارية .

وصفته أيضاً ؛ كما لو باعه : مدّاً في ذمته بدرهم ، ثم اختلفا هل هو مَعْقِلِي أَوْ بَرْنِي^(٢) .

(١) المحرر (٥١٨ / ١) .

(٢) المَعْقِلِي : نوع من التمر ينسب إلى معقل بن يسار المزني بالبصر . المصباح المنير (ص : ٤٢٣) بتصرف . البرْنِي : نوع من أجود التمر . المصباح المنير (ص : ٤٥) .

وَلَا بَيِّنَةٌ . . تَحَالَفًا ،

فلو قال : (كقدر ثمن أو مبيع أو صفتها) . . لكان أخصر وأعم .
ويلتحق بما ذكره : اختلافهما في شرط الخيار أو قدره ، والرهن
والضمين .

ويجري التحالف في جميع عقود المعاوضات ؛ كالسلم والإجارة والكتابة
وغيرها ، وبه يعلم أن قول المصنف : (البيع) ليس بشرط ، وأن الضابط عنده
للتحالف : أن يتفقا على صحة البيع ، ويختلفا في كيفية .

وشرطه : أن يكون ما يدعيه البائع أكثر .

ويَرِدُ عليه^(١) : ما لو اختلفا في عين المبيع فقط ، فإن كان الثمن معيناً . .
تحالفاً ، وإن كان في الذمة . . فالأصح في « الشرح الصغير » : التحالف .

قوله : (ولا بينة) احترز به : عما إذا أقام أحدهما بينة . . فإنه يُقْضَى له
بها ، فإن أقاما بيتتين ، أو أرختا بتاريخين مختلفين . . قُضِيَ بالأولى ، فإن
أطلقتا أو أرختا بتاريخ واحد ، أو أطلقت واحدة وأرخت الأخرى . .
فالأصح : التساقط ، فيتحالفان .

قوله : (. . تحالفاً) لقوله صلى الله عليه وسلم : « إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيْعَانِ ،
وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ . . فَهُوَ مَا يَقُولُ رَبُّ السَّلْعَةِ ، أَوْ يَتَنَارَكَا » . رواه أبو داود
والحاكم ، وقال : صحيح^(٢) .

قوله : « يتتاركا » بغير نون معناه : إلا أن يتتاركا ، فيكون منصوباً ، أو :

(١) لعلّ معناه : يَرِدُ على هذا الشرط ، وإلا . . فما يَرِدُ على ضابط المصنف يأتي قريباً ؛ كما في
« النجم الوهاج » (٢١٩/١) ، و« بداية المحتاج » (٩٩/٢) ، و« تحفة المحتاج »
(٧٤٣/٤) وغيرها من الشروح .

(٢) سنن أبي داود (٣٥١١) ، المستدرک (٤٥/٢) عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه .

فَيَحْلِفُ كُلُّ عَلَى نَفْيِ قَوْلِ صَاحِبِهِ وَإِثْبَاتِ قَوْلِهِ ، وَيُبْدَأُ بِالْبَائِعِ - وَفِي قَوْلٍ :
بِالْمُشْتَرِي ، وَفِي قَوْلٍ : يَتَسَاوَيَانِ - فَيَتَخَيَّرُ الْحَاكِمُ ، وَقِيلَ : يُقَرَّعُ ، ...

ليتاركا ، فيكون مجزوماً ، والمعنى : أن التفاسخ واجب عند عدم الرضا
بيمين واحد ، فإن رضي أحدهما يمين الآخر . استقرّ العقد به .

ويردُّ على ضابط المصنف : ما لو اختلفا في عين المبيع والثلث معاً ؛
كقوله : بعثك هذا العبد بمئة درهم ، فيقول : بل اشتريت هذه الجارية بمئة
دينار . فإنه لا تحالف قطعاً .

ولا فرق في التحالف بين أن يكون المبيع مقبوضاً أو لا ، ولا بين أن يكون
المبيع باقياً أو تالفاً بعد القبض .

قوله : (فيحلف كل على نفي قول صاحبه وإثبات قوله) لأنه يدعي عقداً
وينكر عقداً ، فينفي ما ينكره ، ويثبت ما يدّعيه .

قوله : (ويبدأ بالبائع) للحديث ، ومنهم من قطع به ؛ لأن الأصل في
اليمين : أن يكون في جهة من قوي جانبه ، وجانب البائع أقوى ؛ لأن المبيع
يعود إليه بعد التحالف .

(وفي قول : بالمشتري) لأن المبيع في ملكه ، فيقوى بذلك جانبه .

(وفي قول : يتساويان) لأن كلاهما مدّع ومدعى عليه ، فلا ترجيح
(فيتخير الحاكم) هذا هو المشهور ؛ تفريعاً على قول التساوي ؛ كما لو تداعيا
عيناً في يديهما . فإن الحاكم يبدأ بيمين من شاء منهما ، (وقيل : يقرع) كما
يقرع بينهما في الدعوى إذا جاءا معاً إلى مجلسه .

والخلاف كما قاله الرافعي في الاستحباب لا في الإيجاب^(١) .

وَالصَّحِيحُ : أَنَّهُ يَكْفِي كُلَّ وَاحِدٍ يَمِينُ تَجْمَعُ نَفِيًّا وَإِثْبَاتًا ، وَيُقَدَّمُ النَّفِيُّ
فَيَقُولُ : (مَا بَعْتُ بِكَذَا وَلَقَدْ بَعْتُ بِكَذَا) .

ولو تحالفا في الصداق . . فالأصح المنصوص : تقديم الزوج .

قوله : (والصحيح : أنه يكفي كل واحد يمين تجمع نفياً وإثباتاً) لأنه
أقرب إلى فصل الخصومة ، وهذا هو المنصوص^(١) ، والثاني : أنه يفرد النفي
بيمين ، والإثبات بيمين ؛ لأنه مدّع ومدعى عليه ، والأصح : القطع بالأول ،
فكان الأولى تعبيره بـ : المذهب .

قوله : (ويقدم النفي) لأنه الأصل في اليمين ، وإنما ينقل إلى الإثبات
بنكول أو شاهد أو لوث ، وقيل : يقدم الإثبات ؛ كاللعان ، والخلاف في
الاستحباب على الأصح عند الرافعي^(٢) ، وعبرة « المحرر » أبين في
الاستحباب ، فإنه قال : (وينبغي أن يقدم النفي)^(٣) .

قوله : (فيقول : ما بعت بكذا ولقد بعت بكذا) أي : ويقول المشتري :
ما اشتريت بكذا ولقد اشتريت بكذا ، وعبرة « المحرر » و« الشرحين » : (ما
بعت بكذا وإنما بعت بكذا)^(٤) ، وقال الشافعي : يقول البائع : والله ما بعت
إلا بكذا ، والمشتري يقول : والله ما اشتريته بكذا ولقد اشتريته بكذا^(٥) ، وهو
محمول على قصد المعنى ، وبيان أن كلاهما جائز .

(١) راجع « الأم » (٢٨٢ / ٤) .

(٢) الشرح الكبير (٣٨٣ / ٤) .

(٣) المحرر (٥١٩ / ١) .

(٤) المحرر (٥١٩ / ١) ، الشرح الكبير (٣٨٢ / ٤) .

(٥) قال في « عمدة المحتاج » (١٣ / ٧) : (وقيل : إن الشافعي نصّ عليه في « كتاب السلم »
من « الأم ») ، وراجع « الأم » (٢٨٢ / ٤) .

وَإِذَا تَحَالَفَا . . فَالصَّحِيحُ : أَنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسَخُ بَلْ إِنْ تَرَاضِيَا ، وَإِلَّا . .
فَيَفْسَخَانِهِ أَوْ أَحَدُهُمَا أَوْ الْحَاكِمُ ، وَقِيلَ : إِنَّمَا يَفْسَخُهُ الْحَاكِمُ ،

قوله : (وإذا تحالفا . . فالصحيح : أن العقد لا يفسخ) أي : بنفس
التحالف ؛ لحديث ابن مسعود : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر البائع أن
يحلف ، ثم يختار المبتاع . لفظ النسائي^(١) .

فأثبت الخيار للمشتري بعد حلف البائع ، ولأن البينة أقوى من اليمين ،
ولو أقام كل منهما بينة . . لم يفسخ ، فبالتحالف أولى ، وهذا هو
المنصوص^(٢) .

والثاني : يفسخ ؛ كما يفسخ النكاح بتحالف المتلاعنين ، ونقله الفارسي
قولاً ، وفي « تعليق أبي الطيب » : أن الأول حكاه القاضي أبو حامد عن نصه
في القديم والجديد ، فحقه : التعبير بالأظهر ، قاله الزركشي .

قوله : (بل إن تراضيا) أي : على ما يدعيه أحدهما . . فذاك ، ويستقرّ
العقد (وإلا . . فيفسخانه أو أحدهما أو الحاكم) أما الجواز لهما معاً
ولأحدهما . . فلأنه فسح لاستدراك الظلامة ، فأشبه الرد بالعيب ، وأما الجواز
للحاكم . . فلقطع النزاع .

قوله : (وقيل : إنما يفسخه الحاكم) لأنه فسح مجتهداً فيه ، فيتوقف على
الحاكم ؛ كعيب النكاح ، وصححه جماعة ، واختاره السبكي .

وقال : وقد عبر الرافعي والمصنف بما في الكتاب ، وهو يوهم : أن كلاً
من الثلاثة له الابتداء بالفسخ ، ولم أره لأحد قبل الرافعي ، ويجب تأويله على

(١) سنن النسائي (٤٦٤٩) ، وأخرجه الحاكم (٤٨/٢) ، والبيهقي في « الكبير »
(١٠٩٠٩) .

(٢) الأم (٢٨٢/٤) وعبارته : (فإن حلف . . تفاسخا البيع) راجعه .

ثُمَّ عَلَى الْمَشْتَرِي رَدُّ الْمَبِيعِ ، فَإِنْ كَانَ وَقْفَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ أَوْ مَاتَ . . لَزِمَهُ قِيمَتُهُ ، وَهِيَ قِيمَةُ يَوْمِ التَّلَفِ فِي أَظْهَرِ الْأَقْوَالِ ،

أن الفسخ لأحدهما أو للحاكم عند امتناعهما ، ويرشد إليه قول الرافعي : أن الحاكم إنما يفسخ إذا استمرَّ على النزاع .

قال الرافعي : وإذا تحالفا . . دعاهما الحاكم إلى الموافقة ، فإن أعطى أحدهما ما يقوله الآخر . . أجبر الآخر ، وإلا . . احتجنا إلى الفسخ^(١) .
وإلى هذا أشار المصنف بقوله : (بل إن تراضيا) .

قوله : (ثم على المشتري رد المبيع) أي : إن كان قبضه ، سواء قلنا بالفسخ أو الانفساخ ، وكذلك على البائع رد الثمن ليصل كل مالك إلى ملكه ، ولا يرد المشتري ما حدث عنده من ولد وثمره وكسب ومهر على الصحيح .

قوله : (فإن كان وقفه أو أعتقه أو باعه أو مات . . لزمه قيمته) لقيامها مقام العين ، سواء أكانت أكثر مما ادّعاه البائع أم لا على الأصح .

وأطلق المصنف تبعاً للرافعي وجوب القيمة^(٢) ، ومحلّه : إذا كانت العين متقومة ، فإن كانت مثلية . . فذلك على الأصح عند الماوردي^(٣) ، والمشهور كما قال في « المطلب » : وجوب المثل .

وأشار بالأمثلة إلى أنه لا فرق بين أن يكون حسيّاً ؛ كالموت ، أو شرعيّاً ، مع بقاء الملك لغيره أو زواله .

قوله : (وهي قيمة يوم التلف في أظهر الأقوال) لأن الفسخ رفع للعقد من حينه ، وقبل التلف لم يتعلق للبائع حق ، وقيل : يوم القبض ؛ لأنه وقت

(١) الشرح الكبير (٣٨٤ / ٤) .

(٢) المحرر (٥١٩ / ١) .

(٣) الحاوي الكبير (٢٧٠ / ٦) .

وَإِنْ تَعَيَّبَ . . رَدَّهُ مَعَ أَرْشِهِ ، وَاخْتِلَافُ وَرَثَتِهِمَا كَهُمَا .
وَلَوْ قَالَ : بَعْتُكَ بِكَذَا ، فَقَالَ : بَلْ وَهَبْتَنِيهِ . . فَلَا تَحَالِفَ ،

دخول المبيع في ضمانه ، وما يعرض بعد ذلك من زيادة أو نقصان . . فهو ملكه ، وقيل : أقصى قيمة من يوم القبض إلى التلف ؛ كالبيع الفاسد .

ورجّح في « الروضة » تبعاً للرافعي أن الخلاف وجوه ، وتبع هنا « المحرر »^(١) .

قوله : (وإن تعيب . . رده مع أرشه) أي : وهو ما نقص من القيمة ؛ لأن الكل مضمون عليه بالقيمة ، فكان بعضه مضموناً ببعضها .

قوله : (واختلاف ورثتهما كهما) أي : اختلاف ورثة المتبايعين باختلافهما ، فيتحالفان ؛ لأنها يمين في المال ، فقام الوارث مقام المورث ؛ كاليمين في دعوى المال ، ولا فرق بين أن يكون قبل القبض أو بعده ، ولا بين أن يحصل بين الورثة ابتداء أو بين المورثين ، ثم يموتان قبل التحالف ، ويحلف الوارث في الإثبات على البتّ ، وفي النفي على نفي العلم عند الجمهور ؛ كما قاله الرافعي في آخر (الصداق)^(٢) .

ولو كان الوارث أكثر من واحد ، فصّدق بعض وأنكر بعض . . قال السبكي : فالذي يظهر : جواز التحالف بين المنكر والعاقد الآخر .

قوله : (ولو قال : بعتك بكذا ، فقال : بل وهبتنيهِ . . فلا تحالف ،

(١) روضة الطالبين (٢٣٧/٣) ، الشرح الكبير (٣٨٥/٤ - ٣٨٦) ، المحرر (٥١٩/١) ، وفي المطبوع منه بدار السلام : (على الأصح من الأقوال) ، وبتدار الكتب العلمية (على أصح الأقوال) ، والله أعلم .

(٢) الشرح الكبير (٣٣٣/٨ - ٣٣٤) .

بَلْ يَحْلِفُ كُلُّ عَلَى نَفْيِ دَعْوَى الْآخِرِ .

فَإِذَا حَلَفَا . . رَدَّهُ مُدَّعِي الْهَبَةِ بِزَوَائِدِهِ .

وَلَوْ ادَّعَى صِحَّةَ الْبَيْعِ وَالْآخِرُ فَسَادَهُ . . فَالْأَصَحُّ : تَصْدِيقُ مُدَّعِي الصَّحَّةِ بِيَمِينِهِ .

وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا فَجَاءَ بِعَبْدٍ مَعِيبٍ لِيرُدَّهُ ، فَقَالَ الْبَائِعُ : (لَيْسَ هَذَا الْمَبِيعُ) . . صُدِّقَ الْبَائِعُ ،

بل يحلف كل على نفي دعوى الآخر^(١) لعدم اتفاقهما على عقد ، هذا هو المشهور ، وقيل : يتحالفان ، وصححه المتولِّي .

قوله : (فإذا حلفا . . رده مدعي الهبة بزوائده) لأنه لا ملك له .

قوله : (ولو ادعى صحة البيع والآخر فسادَهُ . . فالأصح : تصديق مدعي الصحة بيمينه) وهو المنصوص في « البويطي »^(٢) ؛ لأن الأصل : عدم المفسد ، والظاهر : جريان العقد على الصحة ، والثاني : تصديق مدعي الفساد .

ومن صور المسألة : أن يقول : بعثك بألف ، فيقول : بل بألف وزِقْ خمر ، أو يقول : شرطنا شرطاً مفسداً فيُنكره ، ولو قال : بعثك بألف ، فقال : بل بخمس مئة وزِقْ خمر ، وحلف البائع على نفي سبب الفساد . . صدق فيه ، وبقي النزاع في قدر الثمن ، فيتحالفان .

قوله : (ولو اشترى عبداً فجاء بعبد معيب ليرده ، فقال البائع : ليس هذا المبيع . . صدق البائع) لأن الأصل : السلامة وبقاء العقد .

(١) وفي (أ) : (يحلف على كل نفي دعوى الآخر) .

(٢) مختصر البويطي (ص : ٦٤٩) (باب السلف) .

وَفِي مِثْلِهِ فِي السَّلَمِ يُصَدَّقُ الْمُسْلِمُ فِي الْأَصَحِّ .

قوله : (وفي مثله في السلم يصدق المسلم في الأصح) أي : إذا قال المسلم : ليس هذا على الوصف الذي أسلمت إليه . . فالقول قوله على الأصح ؛ لأن اشتغال ذمة المسلم إليه بالمسلم فيه معلوم ، والبراءة غير معلومة ، والثاني : يصدق المسلم إليه ؛ كالبيع .

ويجري الوجهان إذا كان الثمن في الذمة ، وقبضه ، ثم وقع هذا الاختلاف هل القول قول الدافع أم القابض ؟ ولو كان الثمن معيناً فهو كالبيع إذا وقع فيه هذا الاختلاف ؛ فالقول قول المشتري مع يمينه ، قال البغوي : لكن لو كان المعين نحاساً لا قيمة له . . فالقول قول الراذ^(١) ، قال الرافعي : ينبغي أن يكون على الخلاف في دعوى الصحة والفساد^(٢) .

* * *

(١) التهذيب (٣٥٧ / ٣) .

(٢) الشرح الكبير (٣٨٠ / ٤) .

بَابُ

الْعَبْدُ إِنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي التَّجَارَةِ . . لَا يَصِحُّ شِرَاؤُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فِي الْأَصَحِّ ، وَيَسْتَرِدُّهُ الْبَائِعُ سَوَاءً أَكَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ أَمْ فِي يَدِ سَيِّدِهِ ، فَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِهِ . . تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِذِمَّتِهِ ،

(باب)

هو باب معاملات العبيد

قوله : (العبد إذا لم يؤذن له في التجارة . . لا يصح شراؤه بغير إذن سيده في الأصح) وقيل : قطعاً ؛ لأنه محجور عليه ؛ لنقص ، فأشبهه السفیه ، والثاني : يصح ، ونسبه الماوردي والقاضي أبو الطيب إلى الجمهور^(١) ؛ لأنه متعلق بالذمة ، ولا حجر للسيد على ذمته .

قوله : (ويسترده البائع) أي : إذا قلنا بفساد البيع (سواء أكان في يد العبد أم في يد سيده)^(٢) لأنه باق على ملكه (فإن تلف في يده) أي : في يد العبد (. . تعلق الضمان بذمته) أي : حتى لا يطالب به إلا بعد العتق ؛ لأنه ثبت برضا من له الحق ولم يأذن فيه السيد .

والقاعدة فيما يُتلفه العبد أو يتلف تحت يده : أن ما لزمه بغير رضا

(١) الحاوي الكبير (٣٢٩/٦) .

(٢) وعبرة المتن في (ب) : (سواء كان في يد العبد أم سيده) . وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (سواء كان في يد العبد أم سيده) ، وفي « تحفة المحتاج » (٧٦٦/٤) : (فيه حذف همزة التسوية أو وضع « أو » موضع « أم » وهما جائزان) باختصار ، وفي « مغني المحتاج » (٥١٥/٢) : (حذف الهمزة والإتيان بـ « أو » لغة قليلة) .

أَوْ فِي يَدِ السَّيِّدِ . . فَلِلْبَائِعِ تَضْمِينُهُ ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ الْعَبْدِ بَعْدَ الْعِتْقِ ، لَا قَبْلَهُ
وَاقْتِرَاضُهُ كَشْرَائِهِ . وَإِنْ أُذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ . . تَصَرَّفَ بِحَسَبِ الْإِذْنِ ، . . .

مستحقّه ؛ كالمغصوب . . يتعلق برقبته ولا يتعلق بذمته في الأظهر ، وما لزمه
برضا المستحق ؛ فإن أذن فيه السيد ؛ كالصداق . . تعلق بالذمة والكسب ،
وإن لم يأذن فيه ؛ كمسألتنا . . تعلق بالذمة فقط .

وفهم من كلامه : أنه لا ضمان على السيد ، سواء رآه مع العبد فتركه في
يده أم لا ، وهو كذلك .

قوله : (أو في يد السيد . . للبايع تضمينه) أي : تضمين السيد ؛ لكونه
قد وضع يده على ملكه .

قوله : (وله) أي : للبايع (مطالبة العبد بعد العتق) لتعلقه بذمته (لا
قبله)^(١) أي : ولا يطالبه قبل العتق ؛ لأنه معسر ، ولو أدى الثمن من مال
سيده . . فله استرداده ، وإن صححنا شراءه . . فالثمن في ذمته بلا خلاف .

قوله : (وإقراضه كشرائه) أي : في جميع ما سبق ، وهكذا سائر
المعاوضات غير النكاح ، فإنه لا يصح جزماً .

قوله : (وإن أذن له في التجارة . . تصرف) لأن المنع لحق السيد ، وقد
ارتفع بإذنه .

قوله : (بحسب الإذن) لأن تصرفه مستفاد من الإذن ، فاقصر على
المأذون فيه ؛ كالوكيل .

ويستفيد بالإذن في التجارة ما دخل تحت اسمها ، أو كان من لوازمها

(١) قوله : (لا قبله) كذا جعل من المتن في (ب) ، ولم يجعل منه في « المنهاج » وسائر
الشروح المطبوعة .

فَإِنْ أِذْنَ لَهُ فِي نَوْعٍ . لَمْ يَتَجَاوَزْهُ ، وَلَيْسَ لَهُ النِّكَاحُ ، وَلَا يُؤْجَرُ نَفْسَهُ ، . .

وتوابعها ؛ كالنشر ، والطّي ، وحمل المتاع إلى الحانوت ، والرد بالعيب ، والمخاصمة في العُهدَة وهي الناشئة عن المعاملة^(١) .

وإذن السيد لعبده البالغ الرشيد في التجارة وسائر التصرفات . . جائز بالإجماع .

ولا يشترط في صحة الإذن : أن يدفع إليه مالاً ، بل يجوز أن يشتري في ذمته ، وإذا حصل في يده ربح مما اشتراه . . يتّخذ رأس مال ، وفي جعل ما اكتسبه بالاحتطاب رأس مال وجهان^(٢) .

قوله : (فَإِنْ أِذْنَ لَهُ فِي نَوْعٍ . لَمْ يَتَجَاوَزْهُ) أي : كالمقارض ، فَإِنْ أِذْنَ فِي الثِّياب . . لم يتّجر في الطعام ، وكذا لو أذن له في التجارة شهراً أو سنة . . لم يكن مأذوناً بعد تلك المدة .

قوله : (وَلَيْسَ لَهُ النِّكَاحُ) أي : بالإذن في التجارة ؛ كما ليس للمأذون في النكاح أن يتّجر ؛ لأن اسم كل منهما غير متناول للآخر ، ولا فرق في المنع بين نفسه وبين عبيد التجارة .

قوله : (وَلَا يُؤْجَرُ نَفْسَهُ) لأنه لا يملك التصرف في رقبته ، فكذا في منفعته ، وقيل : له ذلك ، وعلى الأول : يجوز له بإذن السيد .

وله إجارة أموال التجارة في الأصح .

(١) عبارة « تحفة المحتاج » (٧٦٨/٤) : (ومخاصمة في العُهدَة [أي : الضمان] أي : الناشئة عن المعاملة فلا يخاصم نحو غاصب وسارق) ، وما بين المعقوفين من « حاشية الكردي » في هامشه .

(٢) أصحابهما في « التهذيب » : نعم ؛ لأنها من الأكساب ، والثاني : لا ، وبه قطع الفوراني والإمام والغزالي . روضة الطالبين (٣/٢٢٤-٢٢٥) .

وَلَا يَأْذَنُ لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ ، وَلَا يَتَصَدَّقُ ، وَلَا يُعَامِلُ سَيِّدَهُ ، وَلَا يَنْعَزِلُ بِإِبَاقِهِ ، وَلَا يَصِيرُ مَأْذُوناً لَهُ بِسُكُوتِ سَيِّدِهِ عَلَى تَصَرُّفِهِ ، وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِدُيُونِ الْمُعَامَلَةِ .

قوله : (ولا يأذن لعبده في التجارة) أي : للعبد الذي اشتراه للتجارة ، ولو أذن له السيد أن يأذن . . . جاز ، ثم ينعزل مأذون المأذون بعزل السيد ، سواء انتزعه من يد المأذون أم لا ، ولو عزل الأول وأبقى الثاني . . . جاز ، والأصح عند الإمام والغزالي : أن للمأذون أن يوكل عند التجارة في آحاد التصرفات^(١) ، ولا يوكل الأجنبي ؛ كما جزم به في « الروضة »^(٢) .

قوله : (ولا يتصدق) لعدم الإذن ، وكذا لا ينفق على نفسه من مال التجارة ، ولا يبيع مؤجلاً .

قوله : (ولا يعامل سيده) أي : لا يبيع منه ، ولا يشتري ؛ لأن تصرفه لسيده ، بخلاف المكاتب .

قوله : (ولا ينعزل بإبقائه) لأن الإباق معصية ، فلا يوجب الحجر ، فله التصرف في البلد الذي خرج إليه ، إلا إذا خصّ السيد الإذن بالبلد الأول ، وقيل : لا يصح تصرفه في الغيبة .

قوله : (ولا يصير مأذوناً له بسكوت سيده على تصرفه) أي : إذا رآه يبيع ويشترى فسكت ؛ كما لو رآه ينكح . . . لا يكون سكوته إذناً في النكاح .

قوله : (ويقبل إقراره بديون المعاملة) أي : سواء أقرّ لأجنبي أم لأبيه أم لولده ؛ لقدرته على الإنشاء .

(١) نهاية المطلب (٤٧٨ / ٥) ، الوسيط (١٤٥ / ٢) .

(٢) روضة الطالبين (٢٢٤ / ٣) .

وَمَنْ عَرَفَ رِقَّ عَبْدٍ . . لَمْ يُعَامِلْهُ حَتَّى يَعْلَمَ الْإِذْنَ بِسَمَاعِ سَيِّدِهِ أَوْ بَيِّنَةٍ أَوْ شُيُوعِ بَيْنِ النَّاسِ ، وَفِي الشُّيُوعِ وَجْهٌ ، وَلَا يَكْفِي قَوْلُ الْعَبْدِ .

وهذا فيما قبل الحجر ، أما لو أقر بدين معاملة إضافة إلى حال الإذن . . لم يقبل إضافته على الأصح ، قاله الزركشي .

قوله : (ومن عرف رق عبد . . لم يعامله حتى يعلم الإذن بسماع سيده أو بينة أو شيوع بين الناس) لأن الأصل : عدم الإذن .

ومراد به العلم : الظن ، فإن البينة لا تفيد اليقين ، وفي الاكتفاء بالعدل الواحد ثلاث احتمالات لابن الرفعة ؛ أحدها : إلحاقه بالشفعة حتى يكفي على الصحيح ، والثاني : القطع بالجواز ، والثالث : المنع .

فإن عامله ثم ظهر أنه مأذون . . كان كما لو باع مال أبيه على ظن أنه حي فإذا هو ميت .

والأظهر : جواز معاملة من لا يعرف رقه ولا حرته .

قوله : (وفي الشيوع وجه) أي : أنه لا يكفي ؛ لأن الحجر محقق ، والزوال مشكوك فيه ، وجوابه : أن السماع من السيد أو الثبوت بالبينة في حق كل من أراد المعاملة . . فيه عسر .

قوله : (ولا يكفي قول العبد) أي : في أنه مأذون ؛ لأن الأصل : عدمه ، فأشبه ما إذا ادعى الراهن إذن المرتهن في بيع المرهون ، وقوله في الحجر مقبول وإن أنكره السيد في الأصح .

ولو عزل العبد نفسه . . لم ينزل ؛ لأن التصرف حق للسيد ، فلم يقدر على إبطاله ، قاله المتولي .

فَإِنْ بَاعَ مَأْذُونٌ لَهُ وَقَبْضَ الثَّمَنِ ، فَتَلَفَ فِي يَدِهِ ، فَخَرَجَتِ السِّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً . . رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِبَدْلِهِ عَلَى الْعَبْدِ ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ السَّيِّدِ أَيْضاً ، وَقِيلَ : لا ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ وَفَاءً . . فَلَا .

وَلَوْ اشْتَرَى سِلْعَةً . . فِي مُطَالَبَةِ السَّيِّدِ بِثَمَنِهَا هَذَا الْخِلَافُ ، وَلَا يَتَعَلَّقُ دَيْنُ التَّجَارَةِ بِرَقَبَتِهِ ، وَلَا ذِمَّةُ سَيِّدِهِ ،

قوله : (فَإِنْ بَاعَ مَأْذُونٌ لَهُ وَقَبْضَ الثَّمَنِ ، فَتَلَفَ فِي يَدِهِ ، فَخَرَجَتِ السِّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً . . رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِبَدْلِهِ^(١) عَلَى الْعَبْدِ) أي : بدل الثمن ؛ لأنه المباشر للعقد ، فالعهدة تتعلق به ، وقيل : لا رجوع عليه ؛ لأن يده يد السيد .

قوله : (وَلَهُ مُطَالَبَةُ السَّيِّدِ أَيْضاً) لأن العقد له ، فكأنه البائع والقابض (وقيل : لا) لأن السيد أعطاه بالإذن استقلالاً ، وقصر الطمع على يده وذمته (وقيل : إِنْ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ وَفَاءً . . فَلَا) أي : فلا يطالب السيد ؛ لحصول الغرض بما في يده ، وإلا . . فيطالب .

قوله : (وَلَوْ اشْتَرَى سِلْعَةً . . فِي مُطَالَبَةِ السَّيِّدِ بِثَمَنِهَا هَذَا الْخِلَافُ) للمعاني المذكورة^(٢) .

قوله : (وَلَا يَتَعَلَّقُ دَيْنُ التَّجَارَةِ بِرَقَبَتِهِ) لما سبق أن ما ثبت برضا المستحق لا يتعلق بالرقبة (وَلَا ذِمَّةُ سَيِّدِهِ) لأن الإذن لا يقتضي الالتزام إلا فيما في يد العبد ، وقصر الأمر عليه .

واعلم : أن ما ذكره من كونه لا يتعلق بذمة السيد . . مناقض ؛ لما تقدم أنه يطالب السيد ببذل الثمن التالف في يد العبد وبثمن السلعة التي اشتراها ، وكذا

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (ببذلها) .

(٢) قال في « تحفة المحتاج » (٧٧٨ / ٤) : (والأصح : مطالبته) .

بَلْ يُؤَدِّي مِنْ مَالِ التَّجَارَةِ ، وَكَذَا مِنْ كَسْبِهِ بِالْأَصْطِيَادِ وَنَحْوِهِ فِي الْأَصَحِّ .

وقع في « الشرحين » و« المحرر » و« الروضة »^(١) ، والمذكور أولاً هو طريقة الإمام^(٢) ، والثاني : هو كلام الأكثرين ، فجمع الرافي بينهما^(٣) ، وأشار في « المطلب » إلى تضعيف طريقة الإمام .

قوله : (بل يؤدي من مال التجارة) أي : سواء فيه الربح ورأس المال ؛ لاقتضاء الإذن والعرف ذلك .

ولو تصرف السيد فيما في يده بالبيع أو الهبة أو الإعتاق ، فإن أذن فيه العبد والغرماء . . جاز ، وإن أذن العبد دون الغرماء . . لم يجز ، وكذا بالعكس على الأصح من « زوائده »^(٤) .

قوله : (وكذا من كسبه بالأصطياد ونحوه في الأصح) كما يتعلق به المهر ومؤن النكاح ، والثاني : لا ؛ كسائر أموال السيد ، ولا يتعلق بكسبه بعد الحجر عليه في الأصح في « الروضة »^(٥) ، وقيل : يتعلق ، قال السبكي : وهو الأقرب ، فعلى الأول : ما بقي يتبع به إذا عتق وأيسر .

فروع

لو أتلف السيد ما في يد المأذون من مال التجارة . . فعليه ما أتلف بقدر الدين ، ولو قتل^(٦) المأذون وليس في يده مال . . لم يلزمه قضاء الديون ، ولو

(١) روضة الطالبين (٢٢٥/٣ ، ٢٢٧) الشرح الكبير (٣٦٩/٤ ، ٣٧١) ، المحرر (٥٢٣ ، ٥٢١/١) .

(٢) نهاية المطلب (٤٧٤/٥) .

(٣) فلزم ما لزم . راجع « النجم الوهاج » (٢٣٣/٤) .

(٤) روضة الطالبين (٢٢٥/٣) .

(٥) روضة الطالبين (٢٢٧/٣) .

(٦) أي : السيد .

وَلَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ بِتَمْلِكِ سَيِّدِهِ فِي الْأَظْهَرِ .

تصرف فيما في يده^(١) ببيع أو إعتاق ، ولا دين على العبد جاز ، وقيل : يشترط أن يقدم عليه حجراً^(٢) .

قوله : (ولا يملك العبد بتمليك سيده في الأظهر) هو الجديد ، كما لا يملك بالإرث ، ولأنه مملوك ، فأشبهه البهيمة ، والقديم : يملك ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ . . . فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ » . متفق عليه^(٣) .

أثبت له ملكاً ، وجعله يرجع إلى السيد بالبيع ، وعلى هذا : ليس للعبد التصرف فيه إلا بإذن السيد ، وللسيد الرجوع فيه متى شاء ، فلو ملكه جارية . . فعلى الجديد : لا يحلّ له وطؤها وإن أذن السيد فيه ، وكذا المدبر ، والمعلق عتقه بصفة ، وعلى القديم : يحل بإذنه في الأصح .

واحترز بتمليك السيد : عن تمليك الأجنبي ، فإنه لا يملك بلا خلاف ؛ كما قاله الرافعي في (الوقف)^(٤) ، وصرح بإجراء القولين الماوردي^(٥) وجماعة ، رحمهم الله تعالى .

* * *

(١) أي : السيد فيما في يد المأذون .

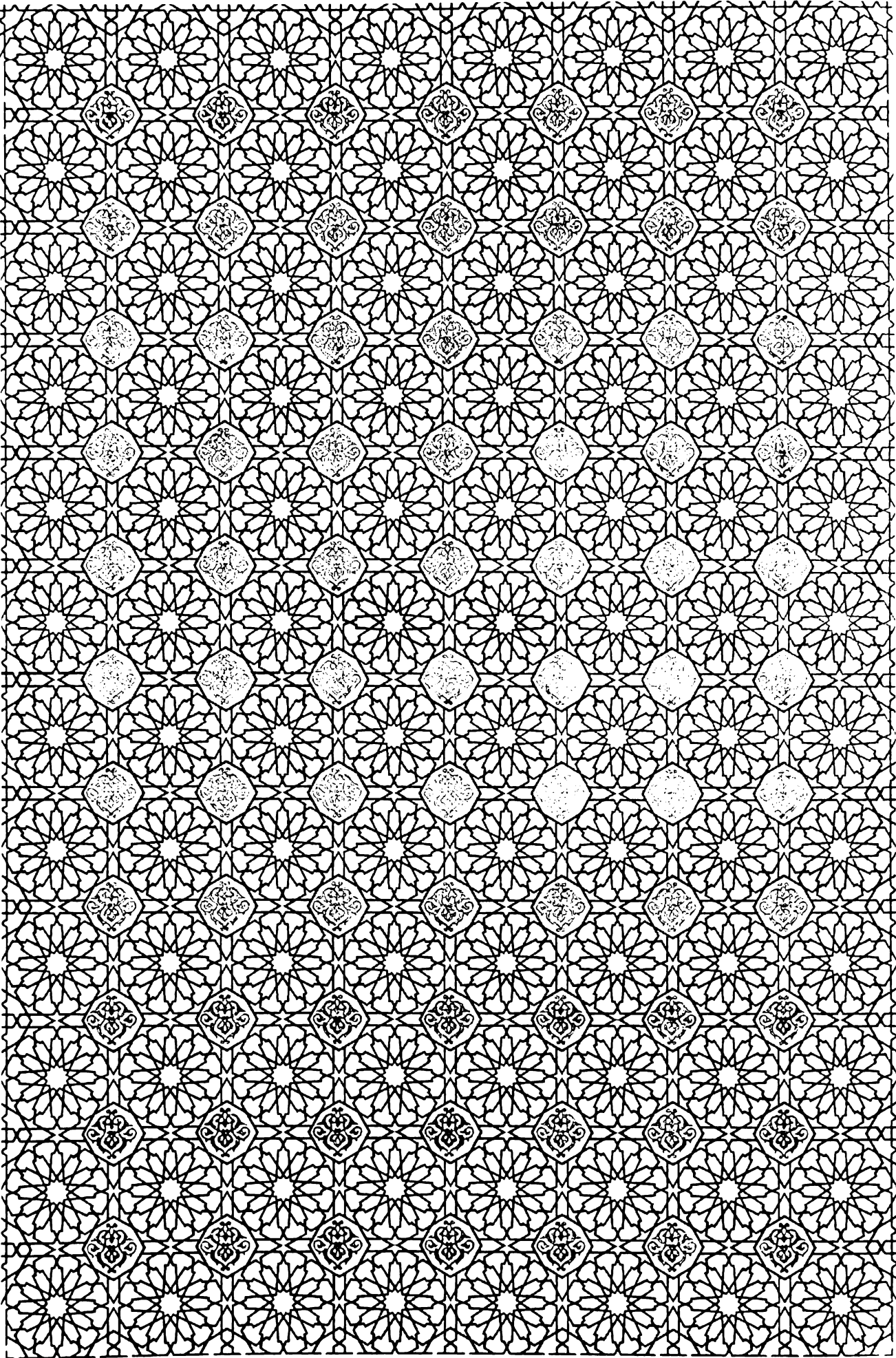
(٢) أي : حجر السيد على المأذون . وهذه فروع من « الشرح الكبير » (٤ / ٣٧١ - ٣٧٢) فراجع .

(٣) صحيح البخاري (٢٣٧٩) ، صحيح مسلم (٨٠ / ١٥٤٣) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٤) الشرح الكبير (٦ / ٢٥٦) .

(٥) الحاوي الكبير (٦ / ٢٣٦) قال فيه : (لا خلاف بين الفقهاء أن العبد لا يملك بالميراث ، ولا يملك ما لم يملكه السيد ، واختلفوا هل يملك إذا ملكه السيد مالاً أو لا ؟) ، ولم نجد فيه إجراء القولين في تمليك الأجنبي إياه ، والله أعلم .

كتاب السلم



كِتَابُ السَّلَمِ

هُوَ بَيْعٌ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ ، يُشْتَرَطُ لَهُ مَعَ شُرُوطِ الْبَيْعِ أُمُورٌ :

(كتاب السلم)

يقول : أسلم الرجل في الطعام وسلم ، وأسلف وسلف ، سمي سلماً ؛ لتسليم رأس المال في المجلس ، وسلفاً ؛ لتقديمه ، والسلف مشترك بينه وبين القرض ، والسلم خاص بهذا العقد .

والأصل فيه : قوله تعالى : ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] قال ابن عباس : نزلت في السلم^(١) .

وعنه قال : قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث ، فقال : « مَنْ أَسْلَفَ . . فَلْيُسْلَفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » . متفق عليه^(٢) .

قوله : (هو بيع موصوف في الذمة) يزداد عليه : بلفظ السلم ؛ لئلا يرد عليه : ما إذا وقع العقد بلفظ البيع ولم يذكر بعده لفظ السلم . . فإنه يكون بيعاً لا سلماً على الصحيح .

قوله : (يشترط له مع شروط البيع أمور) قال الزركشي : المراد : شروط البيع في الذمة لا مطلقاً ، وإلا . . لاقتضى اشتراط رؤية المسلم فيه والصفة ، وعلى هذا : فلا يَرُدُّ صحة سلم الأعمى دون شرائه .

(١) أخرجه الحاكم (٢٨٢/٢) والبيهقي في « الكبير » (١١١٩١) والشافعي في « الأم » (١٨٣/٤) ، والطبري في « تفسيره » (٦٣١٥) .

(٢) صحيح البخاري (٢٢٤٠) ، صحيح مسلم (١٦٠٤) .

أَحَدُهَا : تَسْلِيمُ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْمَجْلِسِ .

فَلَوْ أَطْلَقَ ثُمَّ عَيَّنَ وَسَلَّمَ فِي الْمَجْلِسِ .. جَازَ ،

قوله : (أحدها : تسليم رأس المال في المجلس) أي : مجلس العقد ؛ لأنه لو تأخر .. لكان في معنى بيع الدين بالدين ، ولأن السلم فيه غرر احتمل للحاجة فجبر بتأكد العوض الثاني بالتعجيل^(١) ، فلو تفرقا قبل قبض رأس المال .. بطل العقد ولو تفرقا قبل تسليم بعضه .. بطل العقد^(٢) فيما لم يقبض ، وسقط بقسطه من المسلم فيه ، ويصح في المقبوض على الأصح ولا خيار ، قاله السبكي .

وإن تفرقا ثم ظهر رأس المال زائفاً .. بطل ، وإن كان بعضه .. فعلى الخلاف في قبض البعض .

ولو قال : أسلمت إليك الدراهم التي في ذمتك في كذا ؛ فإن أسلم مؤجلاً أو حالاً ولم يقبض المسلم فيه قبل التفرق .. بطل ، وكذا إن كان حالاً وقبضه في الأصح ، ولا يكفي قبض المسلم فيه الحال عن قبض رأس المال على الأصح ؛ لأنه تبرع فلا يغني عن قبض رأس المال الواجب .

قوله : (فلو أطلق ثم عين وسلم في المجلس .. جاز) أشار إلى أنه لا يشترط تعيين رأس المال في أصل العقد على المشهور ، فلو قال : أسلمت إليك ديناراً في كذا ، ثم عينه وسلمه في المجلس .. صح ؛ لأن المجلس حريم العقد ، وكذا في الصرف وبيع الطعام بالطعام على الأصح .

(١) عبارة الشرح الكبير (٣٩١ / ٤) : (وقوله في الكتاب : « جبراً للغرر في الجانب الآخر » أراد به : أن الغرر في المسلم فيه احتمل للحاجة فجبر ذلك بتأكيد العوض الثاني بالتعجيل ؛ كي لا يعظم الغرر في الطرفين) .

(٢) قوله : (ولو تفرقا قبل تسليم بعضه .. بطل العقد) غير موجود في (أ) .

وَلَوْ أَحَالَ بِهِ وَقَبْضَهُ الْمُحَالُ فِي الْمَجْلِسِ . . فَلَا ، وَلَوْ قَبْضَهُ وَأَوْدَعَهُ الْمُسْلِمَ . . جَازَ .

وَيَجُوزُ كَوْنُهُ مَنْفَعَةً ، وَتُقْبَضُ بِقَبْضِ الْعَيْنِ .

قوله : (ولو أحال به وقبضه المحال في المجلس . . فلا) يعني : أن المراد بالتسليم حقيقته ، فلا تكفي الحوالة وإن قلنا : إنها استيفاء ، حتى لو قبضه المسلم إليه من المحال عليه في المجلس . . لم يصح ، فطريقه : أن يقبضه المسلم ثم يسلمه إلى المسلم إليه ، فلو قال للمحال عليه : سلمه إليه ، ففعل . . لم يكف لصحة السلم ؛ بل يقبضه منه ثم يرده إليه .

ولو أحال المسلم إليه برأس المال على المسلم ، فتفرقا قبل التسليم . . بطل ، فإن أحضره المسلم فقال المسلم إليه : سلمه إليه ، ففعل . . صح ، ويكون المحتال وكيلاً عن المسلم إليه في القبض .

قوله : (ولو قبضه) أي : قبض المسلم إليه رأس المال (وأودعه المسلم . . جاز) أي : قياساً على سائر أمواله ، وقياساً للمسلم على غيره .

ولو قبضه ثم رده إليه عن دين . . نقل الرافعي عن الروياني : أنه لا يصح ، وأقره عليه^(١) ، والمنصوص في الصرف : أنه إذا أقبض البعض ثم استقرضه ورده عن الباقي . . جاز ، قال السبكي : وهنا مثله وأولى بالصحة ، ووجه الإسنوي الصحة بأن التصرف في الثمن مع البائع في مدة الخيار صحيح على الأصح ، ويكون إجازة منهما^(٢) ، وكذلك تصرف المشتري في المبيع .

قوله : (ويجوز كونه منفعة ، وتقبض بقبض العين) أي : يجوز أن يجعل رأس المال منفعة داراً وعبداً وغيرهما مدة معلومة ، فيقول : أسلمت إليك

(١) الشرح الكبير (٣٩٢ / ٤) ، والرويانى هنا الجد أبو العباس رحمه الله تعالى .

(٢) المهمات (٢٨٥ / ٥) .

وَإِذَا فُسِّخَ السَّلْمُ وَرَأْسُ الْمَالِ بَاقٍ . . اسْتَرَدَّهُ بِعَيْنِهِ ، وَقِيلَ : لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ رَدُّ بَدَلِهِ إِنْ عُيِّنَ فِي الْمَجْلِسِ دُونَ الْعَقْدِ .
وَرُؤْيَا رَأْسِ الْمَالِ تَكْفِي عَنْ مَعْرِفَةِ قَدْرِهِ فِي الْأَظْهَرِ .

منفعة داري هذه شهراً في كذا ، كما يجوز جعلها ثمناً وصداقاً ، ويكون تسليمها بتسليم العين ؛ لأنه الممكن .

قوله : (وإذا فسخ السلم ورأس المال باق . . استرده بعينه) أي : ليس له إبداله ، أما المعين في العقد . . فبلا خلاف .

فإن كان في الذمة ثم عين في المجلس . . فعلى الأصح ، وأشار إليه بقوله :

(وقيل : للمسلم إليه رد بدله إن عين في المجلس دون العقد) لأن العقد لم يتناوله ، قال السبكي : والذي يظهر : أن محل هذا الوجه : إذا جرى الفسخ بعد التفرق ، أما قبله . . فيسترده لا محالة ، ولو كان تالفاً . . استرد مثله إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان متقوماً .

قوله : (ورؤية رأس المال تكفي عن معرفة قدره في الأظهر) أي : يجوز أن يكون رأس المال جزافاً في الأظهر ؛ كالمهر وثمان المبيع ، والثاني : لا يكفي ، بل يجب ذكر قدره ، وكذا صفته ؛ لأن المسلم فيه ربما ينقطع ويكون رأس المال تالفاً فلا يعرف ما يرده ، فعلى الأول : إن اتفق ففسخ وتنازعا في قدره . . فالقول قول المسلم إليه ؛ لأنه غارم .

وفهم من إطلاقه : أنه لا فرق في جريان القولين بين السلم الحال والمؤجل ، وهو المشهور .

وموضع القولين : ما إذا تفرقا قبل العلم بالقدر ، فإن علما ذلك ثم تفرقا . . فلا خلاف في الصحة ، فإن كان متقوماً وضبطت صفاته بالمعاينة . .

الثَّانِي : كَوْنُ الْمُسْلِمِ فِيهِ دِينًا ، فَلَوْ قَالَ : (أَسْلَمْتُ إِلَيْكَ هَذَا الثَّوبَ فِي هَذَا الْعَبْدِ) .. فَلَيْسَ بِسَلَمٍ ، وَلَا يَنْعَقِدُ بَيْعًا فِي الْأَظْهَرِ ، وَلَوْ قَالَ : (اشْتَرَيْتُ مِنْكَ ثَوْبًا صِفَتُهُ كَذَا بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ) ، فَقَالَ : (بَعْتُكَ) .. انْعَقَدَ بَيْعًا ، وَقِيلَ : سَلَمًا .

قطع الأكثرون بعدم اشتراط معرفة القيمة .

قوله : (الثاني : كون المسلم فيه ديناً) لأن لفظ السلم والسلف موضوعان للدين ، قال السبكي : تسميته شرطاً مع أخذه في حقيقة السلم لا معنى له ، لكن لا بد من الكلام فيه للأحكام المختصة به .

قوله : (فلو قال : أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد .. فليس بسلم) لانتفاء الدينية (ولا ينعقد بيعاً في الأظهر) لاختلاف اللفظ ، فإن اسم السلم يقتضي الدينية ، فإضافته إلى العين تناقض ، والثاني : ينعقد بيعاً ؛ نظراً للمعنى ، ولو قال : بعتك هذا بلا ثمن .. ففي انعقاده هبة هذان القولان .

قوله : (ولو قال : اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم ، فقال : بعتك .. انْعَقَدَ بَيْعًا) نظراً إلى اللفظ ، وهذا إذا لم يذكر بعده لفظ السلم ، فإن ذكره فقال : اشتريته سلماً .. كان سلماً ، كذا جزم به الرافعي في (تفريق الصفقة)^(١) .

قوله : (وقيل : سلماً) نظراً إلى المعنى ، واللفظ لا يعارضه ؛ لأن كلَّ سلم بيع ، واختاره السبكي ؛ لأنه المنصوص ، وقال الإسنوي : إن الفتوى عليه^(٢) ، فعلى هذا : لا يثبت فيه خيار الشرط ، ولا يجوز الاعتياض عن الثوب ، ويجب تسليم رأس المال في المجلس ، وعلى الأول : يثبت

(١) الشرح الكبير (١٥٦/٤) .

(٢) المهمات (٢٨٩/٥) .

الثالث : المذهب : أنه إذا أسلم بموضع لا يصلح للتسليم ، أو يصلح ولحملة مؤنة . . اشترط بيان محل التسليم ، وإلا . . فلا .

ويصح حالاً ومؤجلاً ،

الخيار ، ولا يجب التسليم ، ويجوز الاعتياض على الأظهر .

قوله : (الثالث : المذهب : أنه إذا أسلم بموضع لا يصلح للتسليم ، أو يصلح ولحملة مؤنة . . اشترط بيان محل التسليم ، وإلا . . فلا) لأنه إذا كان الموضع صالحاً وليس للحمل مؤنة . . اقتضى العرف التسليم فيه ، وإذا لم يكن كذلك تتفاوت الأغراض باختلاف الأمكنة . . فاشترط التعيين ، وهذا هو المفتى به من طرق سبعة .

وهذا في السلم المؤجل ، أما الحال . . فلا يشترط فيه بيان محل التسليم ، ويتعين موضع العقد كالبيع ، لكن لو عينا غيره . . جاز ، بخلاف البيع ؛ لأن السلم يقبل التأجيل فقبل شرطاً يتضمن تأخير التسليم ، والأعيان لا تحتمله .

ولا نعني بمكان العقد ذلك الموضع بعينه ، بل تلك المحلة ، ومتى شرط التعيين فلم يعين . . فسد العقد ، وإن لم يشترط فعين . . تعين ، وعند الإطلاق يحتمل على مكان العقد على الصحيح .

قوله : (ويصح حالاً ومؤجلاً) أما مؤجلاً . . فبالاتفاق للأدلة^(١) ، وأما حالاً . . فلأنه إذا جاز مؤجلاً . . فهو في الحال أجوز وعن الغرر أبعد .

وصيغته : أسلمت إليك في كذا حالاً ، أو أطالبك به متى شئت ، فإن قال : أطالبك به متى شئت من ليل أو نهار . . فوجهان ؛ أحدهما : يبطل ، والثاني : يصح ، ويحمل على زمن الإمكان المعروف .

(١) أي : السابقة أول الباب .

فَإِنْ أَطْلَقَ . . انْعَقَدَ حَالًا ، وَقِيلَ : لَا يَنْعَقِدُ .

وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِالْأَجَلِ .

فَإِنْ عَيَّنَ شُهُورَ الْعَرَبِ أَوْ الْفُرْسِ أَوْ الرُّومِ . . جَازَ ، فَلَوْ أَطْلَقَ . . حُمِلَ عَلَى الْهَلَالِيِّ ،

قوله : (فَإِنْ أَطْلَقَ . . انْعَقَدَ حَالًا) أي : كالثمن في البيع ، (وقيل : لا ينعقد) لأن المعتاد في السلم التأجيل فيحمل عليه ، وهو مجهول فيفسد .

فرع : أطلقا العقد ثم ألحقا أجلاً في المجلس ، أو صرحا بالأجل ثم أسقطاه ، أو عقداه حالاً ثم جعلاه مؤجلاً ، أو أجلاً بأجل ثم زادا فيه ، أو نقصا في المجلس . . صح في جميع ذلك على المذهب .

قاعدة : الشرط المفسد للعقد إذا حذفه في المجلس هل ينحذف وينقلب العقد صحيحاً ؟ الصحيح : لا ، وفي وجه : لو حذف الأجل المجهول في المجلس . . انقلب صحيحاً ، واختلفوا في جريان هذا الوجه في سائر المفسدات ؛ كالخيار والرهن الفاسد وغيرهما ، والأصح : تخصيصه بالأجل .

قوله : (ويشترط العلم بالأجل) أي : إن ذكرا أجلاً ؛ للحديث^(١) ، فلا يصح تأقيته بالحصاد ، والدياس ، وقدوم الحاج ، ولا بالميسرة .

قوله : (فَإِنْ عَيَّنَ شُهُورَ الْعَرَبِ أَوْ الْفُرْسِ أَوْ الرُّومِ . . جَازَ) أما شهور العرب . . فبالإجماع ، وأما شهور الفرس والروم . . فعلى الصحيح .

قوله : (فَلَوْ أَطْلَقَ^(٢) . . حُمِلَ عَلَى الْهَلَالِيِّ) أي : ما بين الهلالين ؛ لأنه

(١) أخرجه البخاري (٢٢٤٠) ، ومسلم (١٦٠٤) عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ، وقد مر أول الباب .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (وإن أطلق) .

فَإِنْ انْكَسَرَ شَهْرٌ . . حُسِبَ الْبَاقِي بِالْأَهْلَةِ وَتُمِّمَ الْأَوَّلُ ثَلَاثِينَ .

وَالْأَصَحُّ : صِحَّةُ تَأْجِيلِهِ بِالْعِيدِ وَجُمَادَى ، وَيُحْمَلُ عَلَى الْأَوَّلِ .

عرف الشرع ، وكذا السنة إذا أطلقها تحمل على الهلالية ، وقد صرح بها في «المحرر»^(١) ، فإذا قال : إلى سنة كذا . . حلّ بأول ليلة منها ، وإذا قال : إلى شهر كذا . . حلّ بأول ليلة منه .

ولو قال محله : في يوم كذا ، أو في شهر كذا ، أو في سنة كذا . . فالصحيح : لا يجوز للجهالة ؛ لأنه يقع على جميع أجزائه ، وقال ابن أبي هريرة : يجوز ويحمل على أوله ؛ قياساً على الطلاق ، وأجاب الأصحاب : بأن الطلاق يقبل الجهالة .

قوله : (فَإِنْ انْكَسَرَ شَهْرٌ . . حُسِبَ الْبَاقِي بِالْأَهْلَةِ وَتُمِّمَ الْأَوَّلُ ثَلَاثِينَ) أي : من الآخر ؛ لأنه لما تعذر اعتبار الهلال في المنكسر . . رجعنا إلى العدد ، وقيل : إذا انكسر الأول . . انكسر الجميع ، فيعتبر الكل بالعدد .

قوله : (وَالْأَصَحُّ : صِحَّةُ تَأْجِيلِهِ بِالْعِيدِ وَجُمَادَى ، وَيُحْمَلُ عَلَى الْأَوَّلِ) أي : إذا كان متقدماً عليهما ؛ لتحقيق الاسم به ، والثاني : يفسد ؛ لتردده ، فلو كان بين العيدين أو الربيعين . . انصرف بحسب الواقع إلى الأخير منهما قطعاً ؛ لأنه الذي يلي العقد ، وعلى الأصح : فلا يحتاج إلى تعيين السنة ، حكاة الزركشي ، ويجريان في التوقيت بسفر الحجيج ، وبشهر ربيع^(٢) .

(١) المحرر (١/٥٢٨) .

(٢) في (أ) : (لسفر الحجيج ولشهر ربيع) . وفي شروح أخرى : (بنفر) بدل (بسفر) .

فصل

يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُسْلِمِ فِيهِ : مَقْدُوراً عَلَى تَسْلِيمِهِ عِنْدَ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ ،
فَإِنْ كَانَ يُوجَدُ بِبَلَدٍ آخَرَ . . . صَحَّ إِنْ اعْتِيدَ نَقْلُهُ لِلْبَيْعِ ، وَإِلَّا . . . فَلَا ، وَلَوْ
أَسْلَمَ فِيمَا يَعْمُ فَاَنْقَطَعَ فِي مَحَلِّهِ . . . لَمْ يَنْفَسَخْ فِي الْأَظْهَرِ ،

(فصل)

[في بقية الشروط السبعة]

(يشترط كون المسلم فيه : مقدوراً على تسليمه عند وجوب التسليم)
أي : ففي السلم الحالّ يشترط : القدرة عند العقد ؛ كالبيع ، وفي المؤجل :
عند الحلول ، ولا يضر انقطاعه قبل المحل ولا بعده ، ولو أسلم فيما يعجز
عنه عند المحل ؛ كالرطب في الشتاء . . . لم يصح ، ولو غلب على الظن
وجوده ، لكن لا يحصل إلا بمشقة شديدة ؛ كالقدر الكثير من الباكورة . .
فوجهان ؛ أقربهما إلى كلام الأكثرين : البطلان .

قوله : (فإن كان يوجد ببلد آخر) أي : غير بلد التسليم (. . . صح إن
اعتيد نقله للبيع ، وإلا . . . فلا) أي : سواء كان لا ينقل منها للبيع أصلاً ، أو
ينقل له ولكن على ندور .

واحترز بقوله : (للبيع) : عن النقل للتحف ونحوها ، وهذا الضابط نقله
الرافعي عن الإمام ، ثم ذكر ما يقتضي اعتبار مسافة القصر ؛ إن كان دونها . .
صح ، وإلا . . . فلا^(١) .

قوله : (ولو أسلم فيما يعم فأنقطع في محله . . . لم يفسخ في الأظهر) كما

(١) الشرح الكبير (٤٠١ / ٤) ، نهاية المطلب (٩ / ٦) .

فَيَتَخَيَّرُ الْمُسْلِمُ بَيْنَ فَسْخِهِ وَالصَّبْرِ حَتَّى يُوجَدَ ، وَلَوْ عَلِمَ قَبْلَ الْمَحَلِّ انْقِطَاعَهُ عِنْدَهُ . . فَلَا خِيَارَ قَبْلَهُ فِي الْأَصَحِّ .

إذا أفلس المشتري بالثمن (فيتخير المسلم بين فسخه والصبر حتى يوجد) وعلى هذا : لو أجاز ثم أراد الفسخ . . فسخ ، والثاني : يفسخ ؛ كما لو تلف المبيع قبل القبض .

ويجري القولان فيما إذا أعسر المسلم إليه فلم يقدر على التسليم حتى فات المحل ، أو سوّف ودافع حتى انقطع ، أو حلّ الأجل بموته قبل وجود المسلم فيه ، أو تأخر التسليم بغيبة أحد المتعاقدين ، ثم حضر بعد انقطاعه ، ولو لم ينقطع ولكن عَزَّ وغلا . . فالعقد صحيح قولاً واحداً ، ويؤخذ بتحصيله مع غرته^(١) .

قوله : (ولو علم قبل المحل انقطاعه عنده . . فلا خيار قبله في الأصح) لأنه لم يدخل وقت وجوب التسليم ، والثاني : نعم ؛ لتحقيق العجز في الحال .

والخلاف جار في الانفساخ ، وأنه هل يتنجز بذلك حكم الانقطاع حتى يفسخ العقد على قول ويثبت الخيار على الثاني ، أو يتأخر ؟ وهو الأصح .

قال الزركشي : وكان حقه أن يقول : ([لم] يتنجز حكم الانقطاع في الأصح) كما في « الروضة »^(٢) .

(١) كذا في (أ) و(ب) ولعل الصواب : (ويؤمر بتحصيله مع عزته) والله أعلم .

(٢) روضة الطالبين (٢٥٢/٣) ، وفي (أ) و(ب) لفظة (لم) غير موجودة ، وراجع « مغني المحتاج » (١١/٣) ، و« تحرير الفتاوى » (٨٠٩/١) .

وَكَوْنُهُ مَعْلُومَ الْقَدْرِ كَيْلاً أَوْ وَزناً أَوْ ذَرْعاً أَوْ عَدّاً ، وَيَصِحُّ فِي الْمَكِيلِ وَزناً وَعَكْسُهُ ، وَلَوْ أَسْلَمَ فِي مِئَةِ صَاعٍ حِنْطَةٍ عَلَى أَنَّ وَزْنَهَا كَذَا . لَمْ يَصِحَّ .

قوله : (وكونه معلوم القدر كيلاً أو وزناً) للحديث^(١) (أو ذرعاً أو عدّاً)^(٢) بالقياس عليه ، والمراد : علم المتعاقدين ، وكذا عدلان معهما في الأصح .

ويشترط في المذروع : ذراع الحديد ، ولا يكفي ذراع اليد ؛ لأنه يختلف .

وهذا مما يخالف فيه المسلم فيه رأس المال ، حكاها الزركشي .

قوله : (ويصح في المكيل وزناً وعكسه) لأن المقصود معرفة المقدار ، بخلاف الربويات فإنها للتعبد ، وعن ابن القطان وجه بالمنع في وزن المكيل .

وحمل الإمام إطلاق الأصحاب جواز السلم في الموزون كيلاً على ما يعد الكيل في مثله ضابطاً ، حتى لو أسلم في فتات المسك والعنبر ونحوهما كيلاً . لم يصح ، قال الإسنوي : والأمر كما قاله الأصحاب^(٣) .

قال ابن العماد : وما ذكره الإمام متعين ؛ لأن الكيل يتفاوت ، والتفاوت اليسير في مثل ذلك يختلف فيه الغرض اختلافاً ظاهراً .

قوله : (ولو أسلم في مئة صاع حنطة على أن وزنها كذا . لم يصح) لأنه يورث عزة الوجود ، كذا جزم به الرافعي ، وفي « المذهب » : وجهان فيما لو أسلم في ثوب بالصفات وشرط وزناً معلوماً ، قال السبكي : والجواز منصوص

(١) أخرجه البخاري (٢٢٤٠) ، ومسلم (١٦٠٤) عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (أو عدّاً أو ذرعاً) .

(٣) نهاية المطلب (٤٩ / ٦) ، المهمات (٢٩٦ / ٥) .

وَيُشْتَرَطُ الْوَزْنُ فِي الْبَطِيخِ وَالْبَاذِنْجَانِ وَالْقِثَاءِ وَالسَّفَرْجَلِ وَالرُّمَّانِ .

« الأم » ، قال : ونص على أنه إن أسلم في آنية وشرط وزناً معلوماً . . . جاز^(١) .

قوله : (ويشترط الوزن في البطيخ والباذنجان والقثاء والسفرجل والرمان) لأنه يتجافى في المكيال ، ولا يكفي فيه العد ؛ لكثرة التفاوت ، وكذا الرانج والبقل والرؤوس والأكارع والتفاح والأترج والبيض .

قال الإسنوي : ولو جمع في هذه الأمور كلها بين الوزن والعد . . . كان مفسداً ، قال : ولا يجوز السلم في البطيخة الواحدة ، والسفرجلة الواحدة ، ولا في عدد منها ؛ لأنه يحتاج إلى ذكر حجمها ووزنها ، وذلك يورث عزة الوجود ، قاله الرافعي^(٢) .

قال السبكي : وسبقه إليه الفوراني والمتولي والبغوي ، وهو مخالف لنص « البويطي » : فإنه ذكر البطيخ . . . ونحوه ، وأنه لا يباع إلا وزناً ، ثم قال : ويسمي اللون ويصف صغره وكبره ووسطه ، ولو وصف وزن كل واحدة من هذا . . . كان أحوط ، وإلا . . . لم يضره ، وكذلك البيض^(٣) .

وقول الرافعي : (في عدد منها) مراده : إذا بين وزن كل واحدة ، أما إذا أسلم في عدد من البطيخ ؛ كمئة مثلاً بالوزن في الكل دون كل واحدة . . . فإنه يجوز اتفاقاً ، فخرج من هذا : أن الجمع بين العدد والوزن في المجموع جائز اتفاقاً ، وفيه وفي الآحاد جائز على النص ، خلافاً للرافعي ، وتمسكه بعزة الوجود ليس بالقوي .

(١) الشرح الكبير (٤١١/٤) ، المذهب (١٧٠/٣) ، الأم (٢١٧/٤)

(٢) الشرح الكبير (٤٠٥-٤٠٦) .

(٣) مختصر البويطي (ص : ٦٤٣) ، التهذيب (٥٨٢/٣) .

وَيَصِحُّ فِي الْجَوْزِ وَاللَّوْزِ بِالْوَزْنِ فِي نَوْعٍ يَقِلُّ اخْتِلَافُهُ ، وَكَذَا كَيْلًا فِي الْأَصَحِّ .

وَيُجْمَعُ فِي اللَّبَنِ بَيْنَ الْعَدِّ وَالْوَزْنِ .

قوله : (ويصح في الجوز واللوز بالوزن في نوع يقل اختلافه) أي : ولا يجوز بالعدد قطعاً ، فإن اختلفت قشوره بالغلظ والرقه . . امتنع السلم فيه ؛ لاختلاف الغرض ، قاله الإمام^(١) ، قال المصنف في « شرح الوسيط » : والمشهور في المذهب والمنصوص : ما أطلقه الأصحاب ؛ يعني : من الجواز بالوزن من غير تقييد .

قوله : (وكذا كيلاً في الأصح) قياساً على الحبوب ، وهو نص « المختصر » ، وقيل : لا ؛ لتجافيهما في المكيال ، وهو ظاهر نص « البويطي »^(٢) .

والفستق والبندق كالجوز واللوز .

ويجمع بين تصحيح الرافعي هنا جواز كيل الجوز ، وقوله في (الربا) : إنه موزون^(٣) . . بأن معياره الوزن ، وجواز كيله في السلم ؛ كسائر الموزونات .

قوله : (ويجمع في اللبن بين العد والوزن) أي : فيقول مثلاً : ألف لبنة وزن كل واحدة كذا ؛ لأنها تضرب عن اختيار ، فلا يورث الجمع بينهما عزة الوجود ، ثم الأمر في وزنها على التقريب .

قال من « زوائده » : هذا قول الخراسانيين ، ولم يعتبر العراقيون أو

(١) نهاية المطلب (٥٠ / ٦) .

(٢) مختصر المزني (ص : ١٣٤) ، مختصر البويطي (ص : ٦٣٤) .

(٣) الشرح الكبير (٤٠٦ / ٤) ، (٩٩ / ٤) .

وَلَوْ عَيْنَ كَيْلًا . فَسَدَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْتَادًا ، وَإِلَّا . . فَلَا فِي الْأَصَحِّ .

معظمهم الوزن ، ونص الشافعي على أن الوزن مستحب لا واجب ، لكن يشترط : أن يذكر طوله وعرضه وثخانتته ، وأنه من طين معروف^(١) . انتهى

ويصح السلم في الطوب والآجر على الصحيح المنصوص ، قال الزركشي : ويشترط مع ذلك : ألا يعجن بنجس .

قوله : (ولو عين كيلاً . . فسد إن لم يكن معتاداً) أي : ولم يعرف مقداره ؛ كالقضعة والكوز ؛ لأنه مجهول ولأن فيه غرراً ؛ لأنه قد يتلف قبل المحل ، وينبغي على المعنيين : ما لو قال : بعثك ملء هذا الكوز من هذه الصبرة ، والأصح : الصحة ؛ اعتماداً على المعنى الثاني .

وهل السلم الحال كالمؤجل أو كالبيع ؟ فيه وجهان ، الأول مقتضى النص ؛ كما قاله الرافعي^(٢) .

قوله : (وإلا . . فلا في الأصح) أي : وإن كان معتاداً . . لم يفسد ، بل يلغو الشرط ؛ لانتفاء الغرض في تعيينه ، والثاني : يفسد ؛ لتعرضه للتلف ، فلو شرط ألا يبدل . . بطل العقد ؛ كما دل عليه كلام الرافعي في (المسابقة)^(٣) .

والمراد بالمعتاد : أن يكون يعرف ما يسع ، وهكذا لو شرط الوزن بصنجة بعينها ، والذرع بذراع بعينه إن كان مجهولاً . . بطل ، وإن كان معلوماً . . صح في الأصح ، قاله السبكي .

(١) روضة الطالبين (٢٥٥/٣) ، الأم (٢٧٣/٤) .

(٢) الشرح الكبير (٤٠٧/٤) ، الأم (١٩٥/٦) .

(٣) الشرح الكبير (١٩٦/١٢) .

وَلَوْ أَسْلَمَ فِي ثَمَرَةِ قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ.. لَمْ يَصِحَّ ، أَوْ عَظِيمَةٍ.. صَحَّ فِي الْأَصَحِّ .

وَمَعْرِفَةُ الْأَوْصَافِ الَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا الْغَرَضُ اخْتِلَافاً ظَاهِراً ،

قوله : (ولو أسلم في ثمرة قرية^(١) صغيرة.. لم يصح) لأن الثمرة قد تنقطع ، وذلك غرر من غير حاجة ، وهكذا لا يجوز السلم في لبن غنم بأعيانها أو صوفها أو شعرها أو زبدها أو سمنها أو جنبها ، نص عليه^(٢) .

قوله : (أو عظيمة.. صح في الأصح) أي : المنصوص ؛ لأنها لا تنقطع غالباً ، والثاني : أنه كتعيين المكيال ، وعلى هذا : يفسد العقد في وجهه ، والأصح : يصح ويلغو الشرط .

ومحل الوجهين : إذا لم يفد ذلك تنوعاً ؛ فإن أفاده كمعقلي^(٣) البصرة.. فيجوز ؛ لأن له فيه غرضاً .

وقوله : (في ثمرة قرية) أي : في مقدار معين من ثمرتها ، أما السلم في ثمرتها.. فلا يصح جزماً ؛ لجهالته .

والصواب : التعبير بالناحية ونحوها ، لا بالقرية ؛ فإن الثمار قد تكثر في القرية الصغيرة دون الكبيرة .

قوله : (ومعرفة الأوصاف التي يختلف بها الغرض اختلافاً ظاهراً) أي : ويشترط في المسلم فيه : أن يكون مما ينضبط بالصفات .

واحترز بالاختلاف الظاهر : عما يتسامح الناس بإهمال ذكره .

(١) وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة (في ثمرة قرية) .

(٢) الأم (٢٢٣ / ٤) .

(٣) نوع من التمر .

وَذَكَرَهَا فِي الْعَقْدِ عَلَى وَجْهِ لَا يُؤَدِّي إِلَى عِزَّةِ الْوُجُودِ ، فَلَا يَصِحُّ فِيهَا
لَا يَنْضَبُطُ مَقْصُودُهُ ؛ كَالْمُخْتَلِطِ الْمَقْصُودِ الْأَرْكَانِ ؛ كَهَرِيسَةٍ وَمَعْجُونٍ وَغَالِيَةٍ
وَخُفٍّ وَتَرَيَاقٍ مَخْلُوطٍ ،

ومن الأصحاب مَنْ عبارته : (الأوصاف التي تختلف بها القيمة) ومنهم
من يجمع بين الغرض والقيمة ، قال الرافعي : وليس شيء منها معمولاً
بإطلاقه ؛ لأن كون العبد ضعيفاً في العمل وقوياً وكاتباً وأمياً وما أشبه ذلك . .
أوصاف يختلف بها الغرض والقيمة ، ولا يجب التعرض لها^(١) . انتهى

وتصحیح الضابط : أن يزداد فيه (من الأوصاف التي لا يدل الأصل على
عدمها) فإن الكتابة وزيادة القوة فضيلة ، الأصل عدمها ، ولهذا لا يثبت
للمشتري الرد بفواتهما ، والضعف عيب يدل الأصل على عدمه .

قوله : (وذكرها في العقد) أي : فلا يكفي ذكرها بعده وإن كان في
مجلس العقد ، ولا الاتفاق عليها قبله ، إلا أن يتفقا على أنهما أرادا في حالة
العقد ما اتفقا عليه . . فينتج صحته ، قاله الإسنوي .

قوله : (على وجه لا يؤدي إلى عزة الوجود) أما اشتراط ذكر الصفات . .
فلتمييز المعقود عليه ، وأما اشتراط الوجه المذكور . . فلأن السلم غرر فاشترط
أن يكون فيما يعم وجوده ويؤمن انقطاعه .

قوله : (فلا يصح فيما لا ينضبط مقصوده) هذا أثر اشتراط المعرفة
(كالمختلط المقصود الأركان ؛ كهريسة ومعجون وغالية وخف وترياق
مخلوط) لما ذكره المصنف من عدم انضباط أجزائه ، فإن الغالية مركبة من
مسك وعنبر مخلوطين بدهن ، والخف من البطانة والظهارة والحشو ، وجوزه

(١) الشرح الكبير (٤ / ٤١٠) .

وَالْأَصَحُّ : صِحَّتُهُ فِي الْمُخْتَلَطِ الْمُنْضَبِطِ كَعَتَّابِيٍّ وَخَزٍّ ،

ابن سريج ، وأما البواقى . . فواضح ، ومثله الحلوى والقسي^(١) .

واحترز بالترىاق المختلط : عما إذا كان نباتاً أو حجراً .

وقال الجرجاني : الترياق نجس ؛ فإنه يطرح فيه لحوم الحيات أو لبن الأتان ؛ فلا يجوز السلم فيه ، قال السبكي : فينبغي حمل كلام المصنف على ترياق طاهر .

فائدة : في الترياق ست لغات ؛ لأن أوله تاء مثناة ، أو دال مهملة ، أو طاء مكسورات ومضمومات ، قاله في « الدقائق »^(٢) .

قوله : (والأصح) أي : المنصوص (صحته في المختلط المنضبط ؛ كعتابي وخز) أي : إذا سهل ضبط كل جزء من الأجزاء ، ووجه المنع : القياس على المعجونات ، وعبر في « الروضة » بالصحيح^(٣) .

والعتابي : مركب من القطن والحريز ، والخز : من الإبريسم والوبر ، كذا قاله الرافعي هنا ، وقال في (صلاة العيد) : من الإبريسم والصوف ، وفي كلام الماوردي إشارة إلى أنه من النوعين^(٤) ، قاله الإسنوي ، قال السبكي : وقيل : إن الخز من قزّ وشعر الأرنب .

وقد علم : أن المختلط المقصود الأركان قد يصح السلم فيه ، فلو عبر أولاً بقوله : (مِنَ الْمُخْتَلَطِ) . . كان أولى .

(١) هو بكسر القاف والسين وتشديد الياء ، جمع (قوس) . قال في « النجم الوهاج » : (لا يجوز السلم فيها ؛ لاشتغالها على عقب وعصب) .

(٢) دقائق المنهاج (ص : ٩٢) ، وفي (أ) : (أو مضمومات) .

(٣) روضة الطالبين (٢٥٧ / ٣) .

(٤) الشرح الكبير (٤٠٩ / ٤) ، (٣٥٥ / ٢) ، الحاوي الكبير (٧٢ / ٣) .

وَجُبْنٍ وَأَقِطٍ وَشَهْدٍ ، وَخَلٍّ تَمْرٍ أَوْ زَيْبٍ ، لَا الْخُبْزِ فِي الْأَصَحِّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ .

وَلَا يَصِحُّ فِيمَا يَنْدُرُ وَجُودُهُ ؛ كَلَحْمِ الصَّيْدِ بِمَوْضِعِ الْعِزَّةِ ، وَلَا فِيمَا لَوْ اسْتَقْصِيَ وَصْفُهُ .. عَزَّ وَجُودُهُ ؛

قوله : (وجبن وأقط وشهد ، وخل تمر أو زيب) هذا نوع ثالث معطوف على المختلط المنضبط ؛ أي : وفي جبن ، وهو : ما لا يقصد فيه إلا الخليط الواحد والآخر لإصلاحه ؛ فَإِنَّ الْمَلْحَ وَالْإِنْفَحَةَ فِي الْجَبْنِ لِإِصْلَاحِهِ ، وَكَذَلِكَ فِي الْأَقِطِ ، ومثله الماء في خل التمر أو الزيب ، والأصح فيها : الجواز ؛ لحقارة اختلاطها .

وأما الشهد .. فمثال لِتَنْوِيعِ رَابِعٍ ، وهو المختلط خلقة ، والأصح فيه : الجواز ؛ كالتمر مع النوى ، والثاني ويحكى عن النص : المنع ؛ لأن الشمع فيه يقل ويكثر^(١) ، فأشبهه سائر المختلطات ، واختاره السبكي . ولا خلاف في جواز السلم في اللبن وإن كان مختلطاً خلقة ؛ لأن أجزاءه غير متميزة .

قوله : (لا الخبز في الأصح عند الأكثرين) لتأثير النار فيه تأثيراً غير منضبط ، وصحح الإمام والغزالي والفارقي الصحة^(٢) .

قوله : (ولا يصح فيما يندر وجوده^(٣) ؛ كَلَحْمِ الصَّيْدِ بِمَوْضِعِ الْعِزَّةِ) لأنه عقد غرر ، فلا يحتمل إلا فيما وثق بتسليمه .

قوله : (ولا فيما لو استقصي وصفه .. عز وجوده) أي : وصفه الذي

(١) الأم (٢١٦/٤) .

(٢) نهاية المطلب (٤٤/٦) ، الوسيط (٢٥٢/٢) .

(٣) وفي « المنهاج » المطبوع : (فيما ندر وجوده) .

كَاللُّؤْلُؤِ الْكِبَارِ وَالْيَوَاقِيتِ ، وَجَارِيَةٍ وَأُخْتِهَا أَوْ وَلَدِهَا .

يجب ذكره في السلم ، فيمتنع فيها ؛ لعزة الوجود ، ولو لم يستقص وصفه . .
لم يصح السلم ؛ لعدم الوصف (كاللؤلؤ الكبار واليواقيت) أي : وغيرها من
الجواهر ؛ كالزبرجد والمرجان ؛ لأنه لا بد فيها من التعرض للحجم والشكل
والوزن والصفاء ، واجتماعها نادر .

والتعليل بعزة الوجود رأي الإمام ، والعراقيون يعللون بأن ثمنها على قدر
صفاتها ، وهو لا يضبط بالوصف^(١) .

واحترز بالكبار : عن صغار اللؤلؤ ؛ فإنه يجوز السلم فيها وزناً وكيلاً ،
وضبطها أكثرهم بما يطلب للسحق والتداوي لا للزينة ، والشيخ أبو محمد
بسدس دينار^(٢) ؛ أي : تقريباً وإن قصد للزينة .

فائدة : الكبار بضم الكاف ، قال الجوهرى : كبر بالضم يكبر ؛ أي :
عظم ، فهو كبير وكبار ، وإذا أفرط . . قيل : كَبَّارٌ بالتشديد^(٣) .

قوله : (وجارية وأختها أو ولدها) لأن اجتماع وصف كل واحد منهما مع
الأخوة أو البنوة يفضي إلى عزة الوجود ، وكذا الجارية وعمتها ، والشاة
وسخلتها .

وفي الجارية الحامل طريقان ؛ أحدهما : المنع ؛ لأن اجتماع الحمل مع
الصفات المشروطة نادر ، والبهيمة في ذلك ؛ كالجارية .

وفي الشاة اللبن قولان ؛ أظهرهما : المنع ، قال السبكي : ولو أراد أنها
مما يدرّ . . جاز قطعاً .

(١) نهاية المطلب (٦٠ / ٦) .

(٢) حكاه عنه الإمام في « نهاية المطلب » (٦٠ / ٦) .

(٣) الصحاح (٨٩٨) .

فرع

يَصِحُّ فِي الْحَيَوَانَ ، فَيُشْتَرَطُ فِي الرَّقِيقِ : ذَكَرُ نَوْعِهِ ؛ كَتَرَكِيٍّ ، وَلَوْنِهِ ؛ كَأَبْيَضَ - وَيَصِفُ بَيَاضَهُ بِسُمْرَةٍ أَوْ شُقْرَةٍ - وَذُكُورَتِهِ أَوْ أُنْثَتِهِ ، وَسِنِّهِ ، وَقَدِّهِ طُولاً وَقَصْراً ، وَكُلُّهُ عَلَى التَّقْرِيبِ ،

قوله : (فرع : يصح في الحيوان) لأنه يثبت في الذمة ثمناً وصداقاً ، وفي إبل الدية ، وصح : أن النبي صلى الله عليه وسلم اقترض بَكْرًا^(١) .

قوله : (فيشترط في الرقيق : ذكر نوعه ؛ كتركي) وكذا صنف النوع إن اختلف في الأظهر ؛ كقوله : خطائي^(٢) أو معلي ؛ لاختلاف الغرض .

(ولونه ؛ كأبيض ، ويصف بياضه بسمرة أو شقرة) أي : ويصف السواد بالصفاء أو الكدرة ، وإن لم يختلف لون الصنف . . لم يجب ذكر اللون ؛ كالزنج^(٣) .

(وذكورته أو أنوثته ، وسنه) أي : فيقول : محتلم ، أو ابن ست أو سبع ، ويعتمد في الاحتلام قول العبد ، وفي السن كذلك إن كان بالغاً ، وإلا . . فقول سيده إن ولد في الإسلام ، وإلا . . فيعتمد ظن النخاسين^(٤) .

(وقده طويلاً وقصراً) أي : فيقول : طويلاً أو قصيراً أو ربعةً ، ولو ضبطه بالأشبار . . صح ، وقيل : لا يجب التعرض للقد .

(وكله على التقريب) أي : حتى لو شرط ابن عشر بلا زيادة ولا نقصان . .

(١) أخرجه مسلم (١٦٠٠) عن أبي رافع رضي الله عنه .

(٢) بتخفيف الطاء نسبة إلى خطأ ، بلدة بالعجم . حاشية الشرواني (٢٢ / ٥) .

(٣) الزنج : طائفة من السودان تسكن تحت خط الاستواء . المصباح المنير (ص : ٢٥٦) .

(٤) أي : الدلائل بظنونهم . مغني المحتاج (١٨ / ٣) .

وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْكَحْلِ وَالسَّمَنِ وَنَحْوَهُمَا فِي الْأَصَحِّ .

وَفِي الْإِبِلِ وَالْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ : الذُّكُورَةُ وَالْأُنْثَى ، وَالسِّنُّ وَاللَّوْنُ وَالنَّوْعُ .

وَفِي الطَّيْرِ : النَّوْعُ وَالصَّغَرُ وَكِبَرُ الْجُثَّةِ .

بطل ؛ لندوره ، ولم يذكر في « المحرر » و« الشرحين » و« الروضة » التقريب إلا في السن خاصة^(١) .

قوله : (ولا يشترط ذكر الكحل والسمن ونحوهما) أي : كالدَّعَج ، وتكَلَّمُ الوجه ونحوهما^(٢) (في الأصح) لتسامح الناس بإهماله ، والثاني : يجب ؛ لأنه مقصود لا يؤدي ذكره إلى العزة .

والصحيح : اشتراط الثيابة أو البكارة في الجارية .

والكحل بفتحيتين ، وهو : أن يعلو جفون العينين سواد ، والدَّعَج : شدة سواد العين مع سعتها ، وتكَلَّمُ الوجه : هو استدارته .

قوله : (وفي الإبل والخيول والبغال والحمير : الذكورة والأنوثة ، والسن واللون والنوع) أي : فيقول عند إرادة النوع : من البلد الفلانية ، أو من نعم بني فلان ، فلو اختلف نتاج بني فلان . . وجب التعيين في الأظهر .

ويستحب في الخيل : ذكر الشيات ؛ أي : اللون المخالف لمعظم لون الفرس ؛ كالأغر والمحجل ، واللطيم وهو : ما سالت غرته في أحد شقي وجهه .

قوله : (وفي الطير : النوع والصغر وكبر الجثة) أي : فيقول : فرخ أو

(١) المحرر (٥٣٥ / ١) ، الشرح الكبير (٤١٣ / ٤) ، روضة الطالبين (٢٦٠ / ٣) .

(٢) قوله : (ونحوهما) ليس في (ب) .

وَفِي اللَّحْمِ : لَحْمُ بَقَرٍ ، أَوْ ضَأْنٍ ، أَوْ مَعَزٍ ، ذَكَرٍ خَصِيٍّ رَضِيعٍ
مَعْلُوفٍ ، أَوْ ضِدِّهَا ، مِنْ فَخَذٍ أَوْ كَتِفٍ أَوْ جَنْبٍ ،

ناهض ، فإن كان حيّاً . فيجوز بالعدد ، وإن كان مذبوحاً . فبالوزن ، ونص
في « البويطي » على أنه لا يجوز السلم في الطير ، وتبعه في « المذهب » ،
ونص في غيره على الصحة^(١) .

ويجوز السلم أيضاً في الجراد والسّمك حيّاً وميتاً ، ويوصف بالسمين
والمهزول والطري والمملوح .

قوله : (وفي اللحم : لحم بقر أو ضأن أو معز ، ذكر خصي رضيع معلوف
أو ضدها) ضد الخصي : الفحل ، وضد الرضيع : الفطيم أو الجذع أو
الثني ، وضد المعلوفة : الراعية ، ولا يكفي في العلف مرة أو مرات ، بل
لا بد أن ينتهي ذلك إلى مبلغ يؤثر في اللحم .

وأطلق البقر ، ولا بد من بيان نوعه ؛ كعَرَابٍ أو جواميس .

ولا فرق في اللحم بين أن يكون طريّاً أو قديداً ، مملحاً أو غيره .

قوله : (من فخذ أو كتف أو جنب) أي : وغيرها ؛ لاختلاف الغرض ،
واعتبر العراقيون : بيان السمن أو الهزال .

ويصف الشحم بما يصف به اللحم ، ويذكر أنه من شحم البطن أو الكلى .

ويذكر في لحم الصيد ما يذكر في غيره ، إلا كونه خصياً أو معلوفاً
وضدهما ، ويبين أنه صيد بأُخْبُولَةٍ ، أو سهم ، أو جارحة ويبينها^(٢) .

(١) مختصر البويطي (ص : ٦٤٣) ، المذهب (١٦٧/٣) ، وفي « مختصر المزني » (ص :

١٣٤) : (ويستسلف في لحم الطير بصفة ووزن) .

(٢) أي : الجارحة . هامش (ب) .

وَيُقْبَلُ عَظْمُهُ عَلَى الْعَادَةِ .

وَفِي الثِّيَابِ : الْجِنْسُ ، وَالطُّوْلُ وَالْعَرْضُ ، وَالْغِلْظُ وَالْدَقَّةُ ، وَالصَّفَاقَةُ
وَالرَّقَّةُ ، وَالنُّعُومَةُ

قوله : (ويقبل عظمه على العادة) أي : إذا أطلق ، فإن شرط نزرعه
ولم يجب قبوله^(١) ، ويجب أيضاً قبول الجلد فيما يؤكل معه عادة ؛ كالخروف
والجدي الصغيرين ، ولحم الطير والسّمك ، ويبين موضع اللحم إذا كانا
كبيرين .

ولا يلزم قبول الرأس والرّجل من الطير ، والذنب من السمكة ، قاله
الرافعي ، قال الإسنوي : ومقتضاه : أنه يجب قبول رأس السمكة ، لكن
رأيت في « البويطي » : ولا يوزن ذنبها ولا رأسها ، ونص في « الأم » على
وجوب قبول الذنب إذا كان عليه لحم^(٢) .

تعقبه ابن العماد بأنه علم من قول الرافعي : إنه لا يصح السلم في رؤوس
الحيوان^(٣) . . . أنها لا تدخل عموماً فلم يستثنها ، وبأن كلام « الأم » يجب
حملة على ما قارب الذنب ؛ فإن عليه لحماً خفيفاً ، أما الذنب . . فهو بمنزلة
الريش للطائر لا لحم عليه أصلاً .

قوله : (وفي الثياب : الجنس) أي : كالقطن والكتان ، وكذلك النوع
والبلد الذي ينسج فيه إن اختلف به الغرض .

قوله : (والطول والعرض ، والغلظ والدقة ، والصفاقة والرقّة ، والنعومة

(١) أي : ولا يجب حيثنذ قبول عظمه . راجع « تحفة المحتاج » (٤٥ / ٥) .

(٢) الشرح الكبير (٤١٧ / ٤) ، المهمات (٣٠٢ / ٥) ، مختصر البويطي (ص : ٦٤٥) ، الأم
(٢٢٨ / ٤) .

(٣) الشرح الكبير (٤١٨ / ٤) .

وَالْخُسُونَةُ ، وَمُطْلَقُهُ يُحْمَلُ عَلَى الْخَامِ .

وَيَجُوزُ فِي الْمَقْصُورِ ، وَمَا صُبِغَ غَزْلُهُ قَبْلَ النَّسْجِ ؛ كَالْبُرُودِ ،
وَالْأَقْيَسُ : صِحَّتُهُ فِي الْمَصْبُوغِ بَعْدَهُ .

قُلْتُ : الْأَصَحُّ : مَنَعُهُ ، وَبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

والخشونة (أي : هذا أو هذا ، عبارة الشيخ أبي حامد : الغلظ أو الدقة ،
والصفاقة أو الرقة ، فجعل الغليظ في مقابلة الدقيق ، والصفيق في مقابلة
الراقيق ، فالغلظ والدقة راجعان إلى كيفية الغزل ، والصفاقة والرقة راجعان إلى
كيفية النسج .

والصفاقة : انضمام بعض الخيوط إلى بعض ، والرقة : تباعدها ، وقد
نص الجوهري على أن الدقيق والراقيق خلاف الغليظ ، والشافعي في « الأم »
غاير بينهما^(١) .

قوله : (ومطلقه يحمل على الخام ، ويجوز في المقصور) أي : إذا أسلم
في ثوب كتان أو قطن . . فلا يحمل على المقصور إلا بالتنصيص عليه ؛ لأن
القصر صفة زائدة .

قوله : (وما صبغ غزله قبل النسج ؛ كالبرود) أي : يجوز السلم فيه إذا
بين الصبغ (والأقيس : صحته في المصبوغ بعده ، قلت : الأصح : منعه ،
وبه قطع الجمهور ، والله أعلم) وهو نص « البويطي » لأنه يكون كأنه أسلم في
الثوب والصبغ معاً ، ولأنه يمنع معرفة النعومة والخشونة وغيرهما من صفات
الثوب ، والرافعي لم يرتض الفرقين^(٢) .

(١) الصحاح (ص : ٣٤٨ ، ٤٢٢) ، الأم (٢٥٥ / ٤) .

(٢) مختصر البويطي (ص : ٦٥٢) ، الشرح الكبير (٤٢٠ / ٤) .

وَفِي التَّمْرِ : لَوْنُهُ وَنَوْعُهُ وَبَلَدُهُ ، وَصِغَرُ الْحَبَّاتِ وَكِبَرُهَا ، وَعِثْقُهُ وَحَدَاتُهُ .

وَالْحِنْطَةُ وَسَائِرُ الْحُبُوبِ كَالْتَّمْرِ .

فرع : نقل الرافعي هنا عن الصيمري : جواز السلم في القميص والسرراويلات إذا ضبطت طولاً وعرضاً ، وضيقاً وسعة ، قال في « المهمات » : وذكر في آخر الباب الثاني من (الخلع) : أنه لا يصح السلم فيها ، قال : والفتوى عليه^(١) .

قال ابن العماد : الفتوى على الصحة ، ويحمل ما قاله في (الخلع) على الثياب المطبقة ؛ كالجباب .

وشرط الصحة : أن يكون جديداً خاماً أو مقصوراً ، صرح به الصيمري .

قوله : (وفي التمر : لونه ونوعه وبلده ، وصغر الحبات وكبرها ، وعتقه وحداته) أي : ولا يجب تقدير المدة التي تمضي على العتيق من عام أو عامين ، بل يستحب ، فإن أطلق . . فالنص : الجواز ، وَنُزِّلَ عَلَى مُسَمَّى العتيق ، وقيل : لا يصح ، ولا بد أن يبين هل الجفاف على النخل أو بعد الجداد ؟

والعتق : بكسر العين ، يقال : عتق التمر وغيره بضم التاء عتقاً وعتاقة : إذا أتى عليه زمن طويل ، قاله في « المحكم »^(٢) ، وزاد ابن التَّيَّانِي في « الموعب » : فتح ماضيه ، وجواز ضم مضارعه وكسره .

قوله : (والحنطة وسائر الحبوب كالتمر) أي : في الشروط كلها ،

(١) الشرح الكبير (٤٢١/٤) ، (٤٣٢/٨) ، المهمات (٣٠٦/٥) ، (٢٧١/٧) .

(٢) المحكم والمحيط الأعظم لابن سيده (١٧٨-١٧٩) .

وَفِي الْعَسَلِ : جَبَلِيٌّ أَوْ بَلَدِيٌّ ، صَيْفِيٌّ أَوْ خَرِيفِيٌّ ، أَبْيَضُ أَوْ أَصْفَرُ ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْعَتِيقُ وَالْحَدَاثَةُ .

وكذلك الرطب إلا الجديد والعتيق ، والنوع في الحنطة إذا أضيف إلى البُلْدَانِ لا يحتاج إليه ، وحكاه الزركشي وَجْهًا ، وأنّ الماوردي والشيخ أبا حامد ذكرا في الحنطة تبعاً للشافعي : اشتراط الجدادة ، وهي : امتلاء الحب ، غير صغر الحبة وكبرها ، وأن يصفها من صَرام^(١) عامها أو عام الأول ، وأن يقول : محمولة ؛ أي : من بلدها ، أو مولدة في غيرها^(٢) .

قوله : (وفي العسل : جبلي أو بلدي ، صيفي أو خريفي ، أبيض أو أصفر ، ولا يشترط العتيق والحدّاة) لأنه لا غرض فيه ، قاله الرافعي ، وتعليقه مخالف للمشاهد ، ونص الشافعي على الاشتراط ، وقال الماوردي : لا بد من بيان مرعاه وقوته ورقته^(٣) .

ومطلقه محمول على المصفى .

ويجب التعرض في السمن للحديث والعتيق كما رجحه في « الشرح الصغير » ، وقال الشيخ أبو حامد : قال الشافعي : إطلاقه يقتضي الحديث ، فإن العتيق معيب ، قال القاضي أبو الطيب : العتيق المتغير هو المعيب ، لا كلّ عتيق ، فيجب البيان .

قال الرافعي : وليس في الزبد إلا الوزن ، قال الإسنوي : في « الأم » : إنه يصح السلم فيه كيلاً ووزناً^(٤) .

(١) الصَّرام : جداد النخل . مختار الصحاح (ص : ٢٥٤) .

(٢) الحاوي الكبير (١٢ / ٧) ، الأم (٢٠٦ / ٤) .

(٣) الشرح الكبير (٤٢٢ / ٤) ، الأم (٢١٥ / ٤) ، الحاوي الكبير (١٣ / ٧) .

(٤) الشرح الكبير (٤١٩ / ٤) ، المهمات (٣٠٥ / ٥) ، الأم (٢١٨ / ٤) .

وَلَا يَصِحُّ فِي الْمَطْبُوحِ وَالْمَشْوِيِّ ، وَلَا يَضُرُّ تَأْثِيرُ الشَّمْسِ .
وَالْأَظْهَرُ : مَنْعُهُ فِي رُؤُوسِ الْحَيَوَانِ .

قوله : (ولا يصح في المطبوح والمشوي) أي : لتأثير النار فيهما تأثيراً لا ينضبط ، وصحح في « تصحيح التنبيه » : الجواز في كل ما دخلته نار لطيفة ؛ كالسكر والفانيد واللَّبَّاءِ والدُّبْسِ^(١) .

قال السبكي : والعسل المصفى بالشمس يجوز السلم فيه قطعاً ، وفي المصفى بالنار وجهان . انتهى ، لكن مقتضى كلام الرافعي في « الكبير » : المنع في الجميع^(٢) .

ويجوز السلم في الجص والنورة والزجاج والأواني ، وكذا الآجر في الأصح ، وفي ماء الورد على الأصح عند الروياني^(٣) .

قوله : (ولا يضر تأثير الشمس) أي : في اللَّبَّاءِ والعسل وغيرهما ؛ لعدم اختلافه ، قال الزركشي : التقييد بالشمس يُفْهِمُ أَنَّ تأثير النار يضر مطلقاً ، وفي « التتمة » : الجزم بالجواز في السمن المصفى بالنار ؛ لأنها لا تنقصه ولا تغيره ، دون العسل المصفى بالنار ؛ لأنها تنقصه وتغير طعمه .

قوله : (والأظهر : منعه في رؤوس الحيوان) لأن معظمها العظم ، وهو غير مقصود ، والثاني : يجوز ؛ كالسلم في لحم الفخذ وغيره من الأعضاء ،

(١) الفانيد : نوع من الحلوى يعمل من القند والنشا . المصباح المنير (ص : ٤٨١) ، وفي « مغني المحتاج » (٣٧٤/٢) : (الفانيد هو : عسل القصب) . اللَّبَّاءُ : أول اللبن في التاج ، مختار الصحاح (ص : ٣٩٩) . الدُّبْسُ : عسل التمر ، وما يسيل من الرطب . المعجم الوسيط (ص : ٣٧٠) .

(٢) الشرح الكبير (٤١٨/٤) .

(٣) بحر المذهب (١٥٢/٥) .

وَلَا يَصِحُّ فِي مُخْتَلَفٍ ؛ كَبُرْمَةٍ مَعْمُولَةٍ وَجِلْدٍ وَكُوزٍ وَطَسٍّ وَقُمْقُمٍ وَمَنَارَةٍ
وَطَنْجِيرٍ وَنَحْوِهَا .

لكن يشترط أن تكون نية موزونة منقاة من الشعر ، فإن فقد شرط منها . . لم يصح قطعاً .

والأكارع كالرؤوس عند الجمهور ، وعلى الجواز : لا بد أن يبين من الأيدي أو الأرجل .

قوله : (ولا يصح في مختلف ؛ كبرمة معمولة وجلد وكوز وطس وقمقم ومنارة وطنجير ونحوها) أي : كالأباريق والحجاب^(١) ؛ لتعذر ضبطها .

والبرمة : القدر ، وتقييدها بالمعمولة للاحتراز عن المصبوبة في القلب ، وهو قيد في الكوز وما بعده أيضاً ، والطس : بفتح الطاء وبالسین المهملة المشددة ، وتبدل سينه الثانية تاء ، والمنارة^(٢) : بفتح الميم ، والطنجير بكسر الطاء : الدست ، أعجمي معرب .

وأما الجلد . . فليس على إطلاقه ، بل يجوز السلم في القطع منه وزناً ؛ كما قاله الرافعي^(٣) .

ولو أخره المصنف عن الأواني أو قدمه . . لكان أحسن ، قال السبكي : لاسيما والخلاف فيهما متفاوت ، فإن الخلاف في الأواني بين الشيخ أبي حامد قال بالمنع ، والقاضي أبي الطيب قال بالصحة ، والخلاف في الجلد في طريقة

(١) الحُبُّ بالضم : الخاية ، فارسي معرَّب . المصباح المنير (ص : ١١٧) ، والخابية : وعاء الماء الذي يحفظ فيه . المعجم الوسيط (ص : ٢١٣) .

(٢) المنارة : الشمعة ذات السراج ، قال ابن سيده : والمنارة التي يوضع عليها السراج . لسان العرب (٥٤٢/٨) .

(٣) الشرح الكبير (٤٢٢/٤) .

وَيَصِحُّ فِي الْأَسْطَالِ الْمُرَبَّعَةِ وَفِيمَا صُبَّ مِنْهَا فِي قَالِبٍ .
وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ فِي الْأَصَحِّ ، وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ عَلَى
الْجَيِّدِ .

المراوزة ، قال : واعتمد الرافعي قول الشيخ أبي حامد : إنه نص في « الأم »
على الجواز ، وهو محمول على ما لم يختلف ، وعلى المنع^(١) وهو محمول
على ما يختلف ، فلم يحك خلافاً .

قوله : (ويصح في الأسطال المربعة) لعدم اختلافها ، بخلاف الضيقة
الرؤوس (وفيما صب منها في قالب) لأنه يمكنه أن يزن مقداراً ويذيبه ويصبه
في قالب معروف مربع أو مختلف .

قوله : (ولا يشترط ذكر الجودة والرداءة في الأصح) أي : في كل مسلم
فيه (ويحمل مطلقه على الجيد) والسالم من العيوب ؛ للعرف ، والثاني :
يشترط ؛ لاختلاف القيمة والغرض بهما ، وهو المنصوص ، واختاره
العراقيون .

فإن شرط الجودة . . نزل على أقل الدرجات ، وإن شرط الأجود . . لم
يجز ؛ لأن أقصاه غير معلوم ، وقيل : يجوز ، وجزم في « الروضة » بمنع
اشتراط رداءة العيب ، ووافقه السبكي ، وقال : إنما يحسن الخلاف في رداءة
الوصف ، وصحح من « زوائده » : صحة اشتراط رداءة النوع ؛ تبعاً
للنص^(٢) .

وإن شرط الأردأ . . جاز على الأظهر ، قال السبكي : والذي يتعين عند
الإطلاق : الاكتفاء بالسلامة من العيب .

(١) الأم (٢٥٦/٤) فيه المنع ، ولم نجد الجواز .

(٢) روضة الطالبين (٢٦٩/٣) ، الأم (٢٦٤/٤) .

وَيُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الْعَاقِدَيْنِ الصِّفَاتِ ، وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي الْأَصَحِّ .

فصل

لَا يَصِحُّ أَنْ يُسْتَبَدَلَ عَنِ الْمُسْلِمِ فِيهِ غَيْرُ جِنْسِهِ وَنَوْعِهِ ،

قوله : (ويشترط معرفة العاقدین الصفات) أي : فلو جهلاها أو أحدهما إما لخفائها ؛ كالأدوية ، أو لغرابة الألفاظ المستعملة فيها . . لم يصح ؛ كالبيع .

قوله : (وكذا غيرهما في الأصح) أي : يشترط معرفة غيرهما ؛ ليرجع إليه عند تنازعهما ، وهذا هو المنصوص ، وعلى هذا : فتكفي معرفة عدلين سواهما على الأصح ، وقيل : تعتبر الاستفاضة .

فرع : قال السبكي : يجوز السلم في الدراهم والدنانير على الأصح ، إذا كان رأس المال غيرهما ؛ مثل : الثياب والدواب ، فإن أسلم دراهم في دراهم ، أو دنانير في دنانير ، أو دراهم في دنانير أو عكسه ؛ فإن كان مؤجلاً . . لم يجز قطعاً ، وكذا إن كان حالاً ، وقال القاضي أبو الطيب : يجوز إذا تقابضا في المجلس ، وحيث جوزنا . . يجب وصفها على الأرجح .

(فصل)

[في بيان أخذ غير المسلم فيه عنه ووقت أدائه ومكانه]

(لا يصح أن يستبدل عن المسلم فيه غير جنسه ونوعه) لقوله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَشْلَفَ فِي شَيْءٍ . . فَلَا يَأْخُذُ إِلَّا مَا أَشْلَفَ فِيهِ ، أَوْ رَأْسَ مَالِهِ » . رواه الدارقطني^(١) ، ولأنه بيع للمبيع قبل قبضه .

(١) سنن الدارقطني (ص : ٦٣٥) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

وَقِيلَ : يَجُوزُ فِي نَوْعِهِ وَلَا يَجِبُ ، وَيَجُوزُ أَرْدَاؤُ مِنَ الْمَشْرُوطِ وَلَا يَجِبُ ، وَيَجُوزُ أَجُودٌ وَيَجِبُ قَبُولُهُ فِي الْأَصَحِّ .

(وقيل : يجوز في نوعه ولا يجب) لأن النوعين من جنس واحد ؛ كالنوع الواحد ، ولهذا يحرم التفاضل بينهما ، واختاره السبكي ، وقال الزركشي : هو المنصوص في « الأم » ، قال : وصححه القضاة : البندنجي والماوردي والرويانى .

وعلى هذا : فصورة قبول الرطب عن التمر : أن يكون أسلم في التمر وزناً ، فإن الرطب موزون ، والتفاوت بينهما وبين ما يسقى بماء السماء وبغيره تفاوت نوع ، وقيل : صفة .

والتفاوت بين العبد التركي والهندي تفاوت نوع ، وقيل : جنس . ولو أسلم في قمح فأعطاه دقيقاً . لم يجز بلا خلاف ، وفي « الكافي » : يحتمل وجهين ، نقله الزركشي .

قوله : (ويجوز أَرْدَاؤُ من المشروط ولا يجب) لأنه دون حقه ، فلو قال : خذه وأعطيك للجودة درهماً . لم يجز . والأردأ مهموز .

قوله : (ويجوز أجود) أي : كالجديد عن العتيق ، وهذا إذا كان من نوعه ، وإلا . . فيمتنع ، قاله « البويطي » ، حكاه الزركشي .

(ويجب قبوله في الأصح) أي : المنصوص ، قاله الزركشي ؛ لأنها زيادة صفة لا تتميز ، والثاني : لا يجب ؛ للمنة ، وجوابه : يمنع المنة ؛ لأن غرضه براءة ذمته ، ولا خلاف في الجواز .

وصورة المسألة في الأجود من كل وجه ، فإن كان زائداً من وجه ناقصاً

وَلَوْ أَحْضَرَهُ قَبْلَ مَحَلِّهِ فَاُمْتَنَعَ الْمُسْلِمُ مِنْ قَبُولِهِ لِغَرَضٍ صَحِيحٍ ؛ بِأَنْ كَانَ حَيَوَانًا أَوْ وَقْتَ غَارَةٍ . . لَمْ يُجْبَرْ ، وَإِلَّا ؛ فَإِنْ

من وجه . . لم يجب قطعاً .

قال الشافعي في (الثياب) : إن شرط صفيقاً ثخيناً . . لم يكن له أن يعطيه دقيقاً وإن كان خيراً منه ؛ لأن الثخين أدفأ في البرد وأكث في الحر ، وربما كان أبقي وإن كان ثمن الأدق أكثر^(١) .

قوله : (ولو أحضره قبل محله فامتنع المسلم من قبوله لغرض صحيح ؛ بأن كان حيواناً أو وقت غارة . . لم يجبر) أي : على القبول ؛ لمؤنة العلف في الحيوان ، ولخوف النهب في وقت الغارة .

وقيد في « المحرر » الحيوان بقوله : (يحتاج إلى مؤنة)^(٢) ليحترز عما إذا قصرت مدة الأجل ، ولا بد منه ، ولو كان العقد في وقت غارة وأتى به في وقت غارة . . فوجهان في « الإبانة » .

والمحل بكسر الحاء : وقت الحلول ، وأما مكان التسليم . . فبفتحها .
وقوله : (بأن كان) صوابه : (كأن) بالكاف ؛ ليكون مثلاً للمسألة ، لا تفسيراً لها .

وقوله : (أو وقت غارة) تقديره : أو الوقت وقت غارة .

والغارة لغة ، والفصيح : أغار إغارة .

ومن أمثلتها : كونه لحماً أو فاكهة يريد أكله طرياً .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يكن للمسلم غرض صحيح في امتناعه (فإن

(١) الأم (٢٥٥ / ٤) .

(٢) والذي في « المحرر » (٥٣٩ / ١) : (يحتاج إلى علفه) .

كَانَ لِلْمُؤَدِّي غَرَضٌ صَحِيحٌ ؛ كَفَكَ رَهْنٌ . . أُجْبِرَ ، وَكَذَا لِمُجَرَّدِ غَرَضِ
الْبَرَاءَةِ فِي الْأَظْهَرِ .

وَلَوْ وَجَدَ الْمُسْلِمُ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ بَعْدَ الْمَحَلِّ فِي غَيْرِ مَحَلِّ التَّسْلِيمِ . . لَمْ
يَلْزَمُهُ الْأَدَاءُ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤَنَّةٌ ، وَلَا يُطَالَبُ بِقِيَمَتِهِ لِلْحِيلُولَةِ عَلَى الصَّحِيحِ ،

كان للمؤدي غرض صحيح ؛ كفك رهن . . أجبر (أي : على القبول على
المذهب ؛ لأن امتناعه تعنتٌ ، وقيل : قولان .

ومن الأغراض : أن يكون به ضامنٌ يريد براءته ، أو مكاتباً يريد العتق ، أو
يخاف انقطاع الجنس عند الحلول في الأصح في « أصل الروضة »^(١) .

قوله : (وكذا لمجرد غرض البراءة في الأظهر) لعدم الضرر في القبول ،
والثاني : لا ؛ لأن فيه منة .

وإن لم يكن للمؤدي غرض . . فالمذهب : إجباره على القبول أو الإبراء .
ولو تقابل غرض المستحق والمؤدي . . فالمذهب : تقديم غرض
المستحق ، وحيث أجبر فامتنع . . أخذه الحاكم له ، وتبرأ ذمة المديون .
وحكم سائر الديون المؤجلة في ذلك حكم المسلم فيه .

قوله : (ولو وجد المسلم المسلم إليه بعد المحل) أي : بكسر الحاء ،
وهو زمانه (في غير محل التسليم) أي : بفتح الحاء ، وهو مكانه (. . لم
يلزمه الأداء إن كان لنقله مؤنة) لأنه لم يلتزمه ، بخلاف ما لا مؤنة لنقله ؛
كالدراهم والدنانير فإنه يجبر .

قوله : (ولا يطالب^(٢) بقيمته للحيلولة على الصحيح) أي : المنصوص ؛

(١) روضة الطالبين (٢٧١ / ٣) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (ولا يطالبه) .

وَإِنْ اِمْتَنَعَ مِنْ قَبُولِهِ هُنَاكَ . . لَمْ يُجْبَرْ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مِئْتَةٌ ، أَوْ كَانَ الْمَوْضِعُ مَخُوفًا ، وَإِلَّا . . فَلَا صَحَّ : إِجْبَارُهُ .

فصل

الإقراضُ مندوبٌ ،

لامتناع الاعتياض عن المسلم فيه ، والثاني : نعم ؛ لأن الأخذ للحيلولة ليس بتعويض حقيقي ؛ لأنهما لو اجتمعا في مكان التسليم . . تعين رد القيمة ، وأخذ المسلم فيه ، فعلى الصحيح للمسلم : الفسخ واسترداد رأس المال ؛ كما لو انقطع المسلم فيه .

قوله : (وإن امتنع من قبوله هناك) أي : المسلم إذا أتاه المسلم إليه بالمسلم فيه في غير محل التسليم (. . لم يجبر إن كان لنقله مئنة ، أو كان الموضع مخوفاً) لما فيه من الضرر ، قال في « الذخائر » : فإن استنابه في حمله . . لم تكن نيابته عنه قبضاً ، وكان من ضمان المسلم إليه حتى يقبضه إياه في موضع الاستحقاق .

قوله : (وإلا . . فلاصح : إجباره) أي : وإن لم يكن مئنة ولا خوف . . فوجهان ، وهما مبنيان على القولين في التعجيل قبل المحل الزماني ، فإن رضي به وأخذه . . لم يكن له أن يكلفه مئنة النقل ، ولو بذلها له . . لم يجز قبولها ؛ لأنه كالاغتياض .

(فصل)

[في القرض]

(الإقراض مندوب) أي : قرينة يثاب عليها ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ ﴾ [الحج : ٧٧] ، وقال صلى الله عليه وسلم : « مَا مِنْ مُسْلِمٍ يُقْرِضُ

وَصِيغَتُهُ : (أَقْرَضْتُكَ) ، أَوْ (أَسْلَفْتُكَ) ، أَوْ (خُذْهُ بِمِثْلِهِ) ، أَوْ (مَلَكَتْكَهُ عَلَى أَنْ تَرُدَّ بَدْلَهُ) .

مُسْلِمًا قَرْضًا مَرَّتَيْنِ إِلَّا كَانَ كَصَدَقَتَيْهِمَا مَرَّةً » . رواه ابن ماجه ، وابن حبان في « صحيحه » من رواية ابن مسعود ، ولفظه : « مَنْ أَقْرَضَ اللَّهَ مَرَّتَيْنِ . . . كَانَ لَهُ مِثْلُ أَجْرِ أَحَدِهِمَا لَوْ تَصَدَّقَ بِهِ »^(١) .

والإقراض : مصدر أقرض ، يقال : أقرض فلان فلاناً : إذا أعطاه ما يأخذ جزاءه ، وهو أولى من التعبير بالقرض ؛ لأن القرض مصدرأ : القطع ، واسماً : الْمُقْرَضُ ، قال تعالى : ﴿ مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا ﴾ [البقرة : ٢٤٥] فنصب قرضاً على أنه مفعول به .

وقوله : (مندوب) أي : مندوب له ، فحذف حرف الجر توسعاً ، فاستكنّ الضمير ، وعبرة « المحرر » : (مندوب إليه)^(٢) ، وهو ما ذكره صاحب « المحكم »^(٣) والقزاز وغيرهما ، والمعروف : اللام ، قال الجوهري : يقال : ندبه لأمر ، فانتدب له ؛ أي : دعاه له فأجاب^(٤) .

نعم ؛ المندوب نفسه هو الشخص .

قوله : (وصيغته : أقرضتك ، أو أسلفتك ، أو خذه بمثله ، أو ملكتكه على أن ترد بدله) لأن كلاً منها يدل على المقصود ، قال في « المهمات » : وظاهره : أن هذه الصيغ كلها صرائح ، لكنهم جعلوا في البيع : خذه بكذا كناية ، فينبغي هنا كذلك^(٥) .

(١) سنن ابن ماجه (٢٤٣٠) ، صحيح ابن حبان (٥٠٤٠) .

(٢) المحرر (٥٤١ / ١) .

(٣) المحكم (٣٥٤ / ٩) .

(٤) الصحاح (ص : ١٠٣٠) .

(٥) المهمات (٣١٢ / ٥) .

وَيُشْتَرَطُ قَبُولُهُ فِي الْأَصَحِّ ،

قال ابن العماد : الفرق بينهما : أن قوله في البيع : (خذه بعشرة) يحتمل البيع والإجارة ، فاحتاج إلى نية تخصصه ، والتصريح بالمثل في القرض تصرفه إليه ، وقول الرافعي : (خذه بمثله)^(١) نبه به على أنه لا يشترط التصريح بالعوض في : (أقرضت) و (أسلفت) لأن موضوعهما يقتضيه . انتهى

فإن اقتصر على قوله : (خذه) .. فالذي يظهر ؛ كما قاله في « المطلب » : أنه لا يملك التصرف فيه ، وإن اقتصر على : (ملكته) .. كان هبة ، كذا قاله الإسنوي .

فإن اختلفا في ذكر البدل .. فالقول قول الآخذ ؛ لأن الأصل : عدمه .

ومن ألفاظه : (خذه واصرفه في حوائجك ورد بدله) كذا قاله الرافعي^(٢) ، وهو يشعر بأنه إذا لم يتعرض لرد البدل .. لا يكون قرضاً ؛ لاحتمال الهبة ، وفي ذلك وجهان في « المطلب » .

قوله : (ويشترط قبوله في الأصح) أي : كالبيع وغيره من التمليكات ، والثاني : لا ؛ لأن القرض مكرمة وإباحة إتلاف على شرط الضمان .

وفي « زيادة الروضة » : قطع صاحب « التتمة » : بأنه لا يشترط الإيجاب ولا القبول ، بل إذا قال : أقرضني كذا ، أو أرسل إليه رسولاً ، فبعث المال إليه .. صح القرض ، قال في « المهمات » : لم أره فيها^(٣) ، وذكر ابن العماد وجوده .

(١) المحرر (٥٤١ / ١) ، الشرح الكبير (٤٣٠ / ٤) .

(٢) الشرح الكبير (٤٣٠ / ٤) .

(٣) روضة الطالبين (٢٧٣ / ٣) ، المهمات (٣١٣ / ٥) .

وَفِي الْمُقْرِضِ : أَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ .

وَيَجُوزُ إِقْرَاضُ مَا يُسَلَّمُ فِيهِ إِلَّا الْجَارِيَّةُ الَّتِي تَحِلُّ لِلْمُقْرِضِ فِي الْأَظْهَرِ ،

قوله : (وفي المقرض : أهلية التبرع) أي : فلا يصح من المحجور عليهم ، ولا من المكاتب والولي ، إلا لضرورة .

نعم ؛ يستثنى القاضي ، فيجوز له إقراض مال المحجور عليه بلا ضرورة ، وأما المقرض . . فيكفي فيه أن يكون أهلاً للمعاملات .

قوله : (ويجوز إقراض ما يسلم فيه) لأنه يصح ثبوته في الذمة ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون عيناً أو منفعة ؛ كما صرح به في « التتمة » ، وقبض المنفعة بقبض العين ، والمراد : ما يسلم في نوعه ، وإلا . . فالمعين لا يسلم فيه ، والقرض يكون على المعين وعلى الموصوف .

قوله : (إلا الجارية التي تحل للمقرض في الأظهر) أي : فلا يجوز قرضها وإن جاز السلم فيها .

والفرق : أن القرض ليس بلازم ، فإن له الاسترداد والرد متى شاء ، فربما يطؤها ثم يستردها المقرض ، فتكون في معنى إعارة الجواري للوطء ، والسلم لازم .

والثاني : يجوز ؛ قياساً على العبد ، وعلى هذا : فالمشهور : جواز الوطء .

وقوله : (تحل للمقرض) يقتضي : أنه لا فرق بين أن يتأتى منه الوطء أو المقدمات أو لا ، ويفهم : الجواز في المحرم التي لا يحل وطؤها ، وبه جزم الرافعي ، سواء كانت بنسب أم رضاع أم مصاهرة ، وقيل : لا يجوز ، سواء كان المقرض رجلاً أم امرأة ، واستغربه الروياني وضعفه ، وجزم بأنه لا يجوز

وَمَا لَا يُسَلَّمُ فِيهِ لَا يَجُوزُ إِقْرَاضُهُ فِي الْأَصَحِّ .

وَيَرُدُّ الْمِثْلَ فِي الْمِثْلِيِّ ، وَفِي الْمُتَقَوِّمِ الْمِثْلَ صُورَةً ،

إقراض الدراهم المغشوشة^(١) ، وفي « التتمة » إذا جوزنا المعاملة بها . .
جعلناها مثلية ، والمثلي يستلزم صحة السلم فيه .

قوله : (وما لا يسلم فيه لا يجوز إقراضه في الأصح) الوجهان مبنيان على
أن الواجب في المتقومات المثل أو القيمة ؛ إن قلنا بالأول - وهو الأصح - . .
لم يجز ؛ لتعذر ضبطه حتى يرد مثله ، وإن قلنا بالثاني . . جاز ، ومثاله :
الجواهر والحنطة المختلطة بالشعير .

وكلامه يشعر بأن الراجح : امتناع قرض الخبز ، والمرجح في « الشرح
الصغير » : جوازه ؛ للحاجة وإطباق الناس عليه ، وفي « زوائده » : أن
صاحب « التتمة » والمستظهري قطعاً بجواز قرضه وزناً^(٢) ، ونقل الإسنوي :
أن الخوارزمي قال : يجوز إقراضه عدداً .

قوله : (ويرد المثل في المثلي) اتفاقاً ؛ لأنه أقرب إلى حقه ، قال
الرافعي : ويجب أن يكون المقرض معلوم القدر ؛ ليتأتى قضاؤه ، ويجوز
إقراض المكيل وزناً وبالعكس^(٣) .

قوله : (وفي المتقوم المثل صورة) لما روى مسلم عن أبي رافع : أنه
صلى الله عليه وسلم : استسلف بكراً وردَّ رباعياً خياراً^(٤) .

(١) الشرح الكبير (٤/٤٣٢) ، بحر المذهب (٥/٦٩) ، وراجع « تحرير الفتاوى »
(١/٨٢٠) .

(٢) روضة الطالبين (٣/٢٧٥) .

(٣) الشرح الكبير (٤/٤٣٢) .

(٤) صحيح مسلم (١٦٠٠) .

وَقِيلَ : الْقِيَمَةُ .

وَلَوْ ظَفَرَ بِهِ فِي غَيْرِ مَحَلِّ الْإِقْرَاضِ وَلِلنَّقْلِ مُؤْنَةٌ . طَالَبُهُ بِقِيَمَةِ بَلَدِ
الْإِقْرَاضِ .

وَلَا يَجُوزُ بِشَرْطِ رَدِّ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ أَوْ زِيَادَةٍ ،

والبكر : الصغير من الإبل ؛ كالغلام من آدميين ، ورباعياً بتخفيف
الياء : ما دخل في السابعة .

ولم يقضه من إبل الصدقة ، وإنما اشتراه منها ممن استحقه ، فملكه النبي
صلى الله عليه وسلم بثمنه وأوفاه متبرعاً بالزيادة ، قاله السبكي ، وقال
الزركشي : المراد بالصورة : أن تكون على هَيْئَتِهِ التي تختلف بها القيمة ، فإذا
أقرض عبداً كاتباً ، وقلنا بصحة السلم فيه . . رده كاتباً .

قوله : (وقيل : القيمة) كما لو أتلّف متقوماً ، والمعتبر : قيمة يوم
القبض إن قلنا يملك بالقبض ، وإن قلنا يملك بالتصرف . . فيعتبر الأكثر من
يوم القبض إلى التصرف ، قال السبكي : وإن اختلفا في القيمة أو في صفة
المثل . . فالقول قول المستقرض .

قوله : (ولو ظفر به في غير محل الإقراض وللنقل مؤنة . . طالبه بقيمة بلد
الإقراض) أي : يوم المطالبة ؛ لأنه وقت استحقاقها ، سواء أوجبنا المثل أم
القيمة ، ولا يطالبه بالمثل لِمَا فِيهِ من الكلفة بلا خلاف .

فلو لم يكن للنقل مؤنة ؛ كالنقدين . . طالبه به ، ثم إذا اجتمعا في بلد
الإقراض وأراد أحدهما رد القيمة . . فالأصح : المنع نظراً إلى أن القيمة
اعتياض .

قوله : (ولا يجوز بشرط رد صحيح عن مكسر أو زيادة) أي : ويفسد به

فَلَوْ رَدَّ هَكَذَا بِلاَ شَرْطٍ .. فَحَسَنٌ ،

العقد ؛ لأنه صح : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف^(١) ،
أي : بيع بشرط قرض ، أو قرض بشرط بيع .

وحديث : « كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنَفْعَةً .. فهو رباً » . ضعفه عبد الحق ، وروي
موقوفاً^(٢) .

وفي وجه : يصح القرض ويبطل الشرط ، ولو شرط الرد ببلد آخر ، أو
الجيد عن الرديء .. فسد أيضاً .

وقوله : (أو زيادة) يشمل الزيادة في الصفة وفي القدر ، والأولى : حملة
على الزيادة في القدر ، فإن الزيادة في الصفة أشار إليها بالصحيح عن المكسر
فيمنع زيادة القدر في الربوي بلا خلاف ، وفي غيره على الأصح .

قوله : (فلوردهكذا) أي : بزيادة في صفة أو قدر (بلا شرط .. فحسن)
لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أبي رافع : « خَيْرُكُمْ أَحْسَنُكُمْ
قَضَاءً »^(٣) .

وقيل : يمتنع أخذ الزيادة في الربويات ، وقيل : يمتنع إقراض المشهور
برد الزيادة .

وقبول الهدية بعد رد البدل جائز ، وقبله خلاف الأولى .

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٤) ، والترمذي (١٢٣٤) ، والنسائي (٤٦١١) عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما .

(٢) أخرجه البيهقي في « الكبير » (١١٠٣٧) عن فضالة بن عبيد رضي الله عنه ، وراجع « نصب الراية » (٣٤ / ٥) ، و« التلخيص الحبير » (٩٠ / ٣) .

(٣) أخرجه البخاري (٢٣٠٥) ، ومسلم (١٦٠١) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَلَوْ شَرَطَ مُكْسِراً عَنْ صَحِيحٍ أَوْ أَنْ يُقْرِضَهُ غَيْرُهُ . لَغَا الشَّرْطُ ، وَالْأَصَحُّ :
أَنَّهُ لَا يَفْسُدُ بِهِ الْعَقْدُ .

وَلَوْ شَرَطَ أَجْلاً . . فَهُوَ كَشَرَطِ مُكْسِرٍ عَنْ صَحِيحٍ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُقْرِضِ
غَرَضٌ ، وَإِنْ كَانَ كَزَمَنِ نَهْبٍ . . فَكَشَرَطِ صَحِيحٍ عَنْ مُكْسِرٍ فِي الْأَصَحِّ .
وَلَهُ شَرْطُ رَهْنٍ وَكَفِيلٍ .

وَيُمْلِكُ الْقَرْضُ بِالْقَبْضِ ، وَفِي قَوْلٍ : بِالتَّصَرُّفِ .

قوله : (ولو شرط مكسراً عن صحيح ، أو أن يقرضه غيره) أي :
المقرض يقرض المستقرض شيئاً آخر (. . لغا الشرط) لأنه وعد (والأصح :
أنه لا يفسد به العقد) لأن المنهي عنه جر المقرض النفع إلى نفسه ، وهُنا النفع
للمستقرض ، فكأنه زاد في المسامحة ، ووعدته وعداً حسناً ، والثاني :
يفسد ؛ لمنافاته مقتضى العقد .

قوله : (ولو شرط أجلاً . . فهو كشرط مكسر عن صحيح إن لم يكن
للمقرض غرض) لاشتراكهما في رفع الأخذ ، فعلى هذا : يصح العقد ،
ولا يلزم الأجل (وإن كان ؛ كزمن نهب . . فكشرط صحيح عن مكسر في
الأصح) أي : يفسد العقد ؛ لما فيه من جر المنفعة ، والثاني : إنه كالتأجيل
بغير غرض ، فيلغو الشرط ويصح العقد .

قوله : (وله شرط رهن وكفيل) لأنه توثقة للعقد لا زيادة فيه ، وكذا
الإشهاد عليه والإقرار به عند حاكم ، ولو شرط رهناً بدين آخر . . فهو كزيادة
الصفة .

قوله : (ويملك القرض بالقبض) لأنه لو لم يملك به . . لامتنع عليه
التصرف فيه (وفي قول : بالتصرف) لأن القرض ليس بتبرع محض ؛ لوجوب

وَلَهُ الرُّجُوعُ فِي عَيْنِهِ مَا دَامَ بَاقِيًا بِحَالِهِ فِي الْأَصَحِّ .

البدل فيه ، ولا على حقيقة المعاوضة ، فوجب أن يملكه بعد استقرار بدله للمقترض .

والمراد بالتصرف : المزيل للملك ، فيتبين قُبَيْلُهُ .

ولو اقترض حيواناً وقلنا : يملكه بالقبض . فنفقته عليه ، وإلا . . فعلى المقترض إلى التصرف .

قوله : (وله الرجوع في عينه ما دام باقياً بحاله في الأصح) أي : وإن قلنا : الواجب : القيمة ؛ كما صرح به الماوردي^(١) ؛ لأن له تغريم بدله عند الفوات ، فالمطالبة بعينه أولى ، والثاني : لا ، بل للمقترض أن يؤدي حقه من موضع آخر .

والوجهان . . إذا قلنا : يملك بالقبض ، فإن قلنا : بالتصرف . . فلكل منهما رد العين جزماً .

وقوله : (ما دام باقياً) أي : في ملك المقترض ، فإن زال ثم عاد . . فوجهان .

واحترز بقوله : (بحاله) : عما إذا رهنه أو كاتبه أو جنى ، فتعلق حق الأرض برقبته . . فإنه لا رجوع ، لكنه يقتضي امتناع الرجوع عند زيادته أو نقصانه ، وليس كذلك ، بل إن زاد زيادة منفصلة ؛ كالولد . . أخذه بدونها ، أو متصلة ؛ كالسمن . . أخذه معها ، فإن الزيادة المتصلة لا تمنع الرجوع القهري إلا في الصداق ؛ كما قاله الرافعي ، وإن نقص . . قال الماوردي : فإن شاء . . أخذه مع الأرض ، وإن شاء . . أخذ مثله سليماً^(٢) .

(١) الحاوي الكبير (٣١٦/٦) .

(٢) الشرح الكبير (٣١٦/٨) ، الحاوي الكبير (٣١٦/٦) .

ويرد عليه أيضاً : الاتجار والتدبير وتعليق العتق بصفة ؛ فإنها لا تمنع الرجوع وإن صدق عليه أنه ليس بحاله .

فروع : لو أقرض نقداً فأبطل السلطان المعاملة به . . فليس له غيره ، نص عليه^(١) .

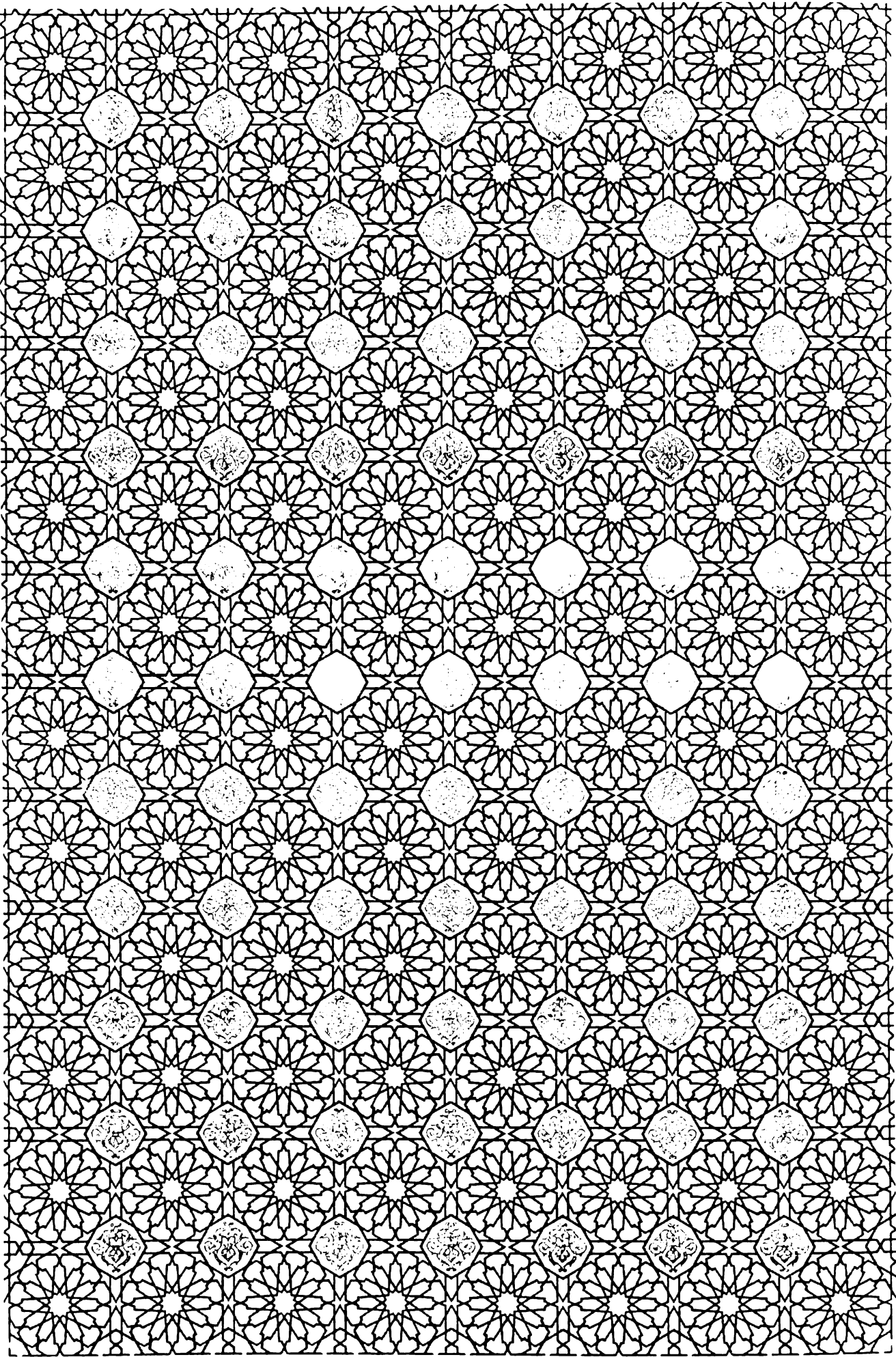
ولو قال : أقرضني عشرة ، فقال : خذها من فلان ، فأخذها . . لا يكون قرضاً ، بل توكيل بقبضها عن الدين ، ولو كانت العشرة معينة . . فهو إقراض صحيح .

ولو قال : اقترض لي مئة ولك علي عشرة . . فلا بأس به ، وهو جعالة ، فلو أقرضه من ماله . . لم يستحق العشرة .

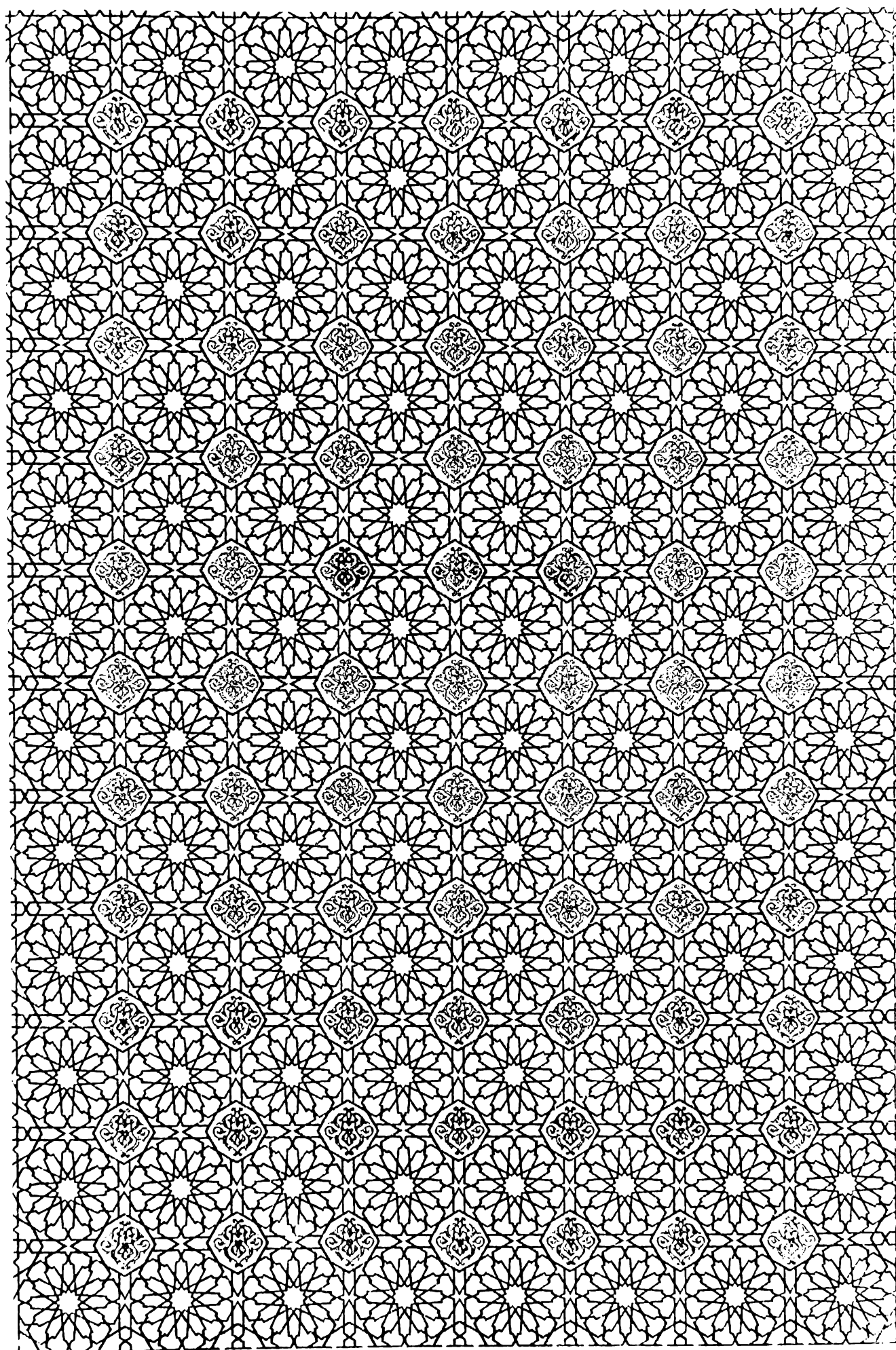
والله الموفق للصواب .

* * *

(١) الأم (٦١/٤) .



كتاب الرهن



كِتَابُ الرَّهْنِ

لَا يَصِحُّ إِلَّا بِإِجَابٍ وَقَبُولٍ .
فَإِنْ شُرِطَ فِيهِ مُقْتَضَاهُ ؛ كَتَقَدَّمَ الْمُرْتَهَنَ بِهِ ،

(كتاب الرهن)

الرهن في اللغة : الثبوت ، ومنه الحالة الراهنة ؛ أي : الثابتة ، سمي بذلك لثباته ودوامه عند المرتهن ، وفي الشرع : جعل المال وثيقة بدين .
والرهن في السفر مجمع عليه بالكتاب^(١) ، وفي الحضر بالسنة^(٢) .

ويطلق الرهن على المرهون من باب إطلاق المصدر على اسم المفعول .
قوله : (لا يصح إلا بإيجاب وقبول) كالبيع ، فيقول : رهنت هذا منك بالدين الذي لك علي ، فيقول : ارتهنت أو قبلت .
وفي « الكافي » لو قال : دفعت إليك هذا وثيقة بحقك علي ، فقال : قبلت رهناً . . صح في الأصح .

ولا يغني شرطه في البيع عن الصيغة في الأصح ، وقيل : يغني ، ونقله في « المطلب » عن الجمهور ، قاله الزركشي ، والخلاف في المعاطاة والاستيجاب مع الإيجاب عائد هنا .

قوله : (فإن شرط فيه مقتضاه ؛ كتقدم المرتهن به) أي : أو أن يباع في الدين عند الحاجة ، أو لا يباع إلا بإذن المرتهن .

(١) وهو قوله تعالى : ﴿ فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة : ٢٨٣] .

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٦٨) ، ومسلم (١٦٠٣) عن عائشة رضي الله عنها : اشترى رسول الله ﷺ من يهودي طعاماً ورهنه درعاً من حديد .

أَوْ مَصْلَحَةً لِلْعَقْدِ ؛ كَالِإِشْهَادِ ، أَوْ مَا لَا غَرَضَ فِيهِ . . . صَحَّ الْعَقْدُ .
وَأِنْ شَرِطَ مَا يَضُرُّ الْمُرْتَهِنَ . . . بَطَلَ الرَّهْنُ .
وَأِنْ نَفَعَ الْمُرْتَهِنَ وَضَرَ الرَّاهِنَ ؛ كَشَرِطِ مَنْفَعَتِهِ لِلْمُرْتَهِنِ . . . بَطَلَ
الشَّرْطُ ، وَكَذَا الرَّهْنُ فِي الْأَظْهَرِ .

قوله : (أو مصلحة للعقد) يعني : أو شرط مصلحة للعقد ، وليست من مقتضاه (كالإشهاد) .

قوله : (أو ما لا غرض فيه) كالأكل إلا الهريسة .

قوله : (. . . صح العقد) أي : في الأقسام الثلاثة ؛ كالبيع ، وسبق أن المنصوص في الثالث : البطلان^(١) .

قوله : (وإن شرط ما يضر المرتهن . . . بطل الرهن) أي : كشرط ألا يبيعه عند المحل ، أو لا يبيعه إلا بعد شهر ، أو بأكثر من ثمن المثل ، أو بما يرضى الراهن ، أو لا يقدم به ، أو يكون مضموناً ؛ لأنه يُخَالِفُ مقصود الرهن .

قوله : (وإن نفع المرتهن وضر الراهن ؛ كشرط منفعته للمرتهن . . . بطل الشرط) لقوله صلى الله عليه وسلم : « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ . . . فَهُوَ بَاطِلٌ »^(٢) . ومن ذلك شرط أن يباع بأي ثمن كان ، أو أن يرهنه غيره .

والبطلان فيما إذا أطلق المنفعة ولم يكن الرهن مشروطاً في بيع ، فإن كان مشروطاً وقيداً فقال : وتكون منفعتها إلى سنة مثلاً . . . فهو جمع بين بيع وإجارة في صفقة ، والصحيح فيه : الصحة .

قوله : (وكذا الرهن في الأظهر) لأن هذا الشرط ليس من مقتضاه ،

(١) أي : في (باب في البيوع المنهي عنها) عند شرح قول المتن : (أو ما لا غرض فيه) .

(٢) أخرجه البخاري (٢١٥٥) ، ومسلم (١٥٠٤) عن عائشة رضي الله عنها .

وَلَوْ شَرَطَ أَنْ تَحْدُثَ زَوَائِدُهُ مَرَهُونَةً.. فَلَاظْهَرُ : فَسَادُ الشَّرْطِ ، وَأَنَّهُ
مَتَى فَسَدَ.. فَسَدَ الْعَقْدُ .

وَشَرْطُ الْعَاقِدِ : كَوْنُهُ مُطْلَقَ التَّصَرُّفِ ، فَلَا يَرْهَنُ الْوَلِيُّ مَالَ الصَّبِيِّ
وَالْمَجْنُونِ ،

ولا من مصلحته ، وقد حكمنا بفساده ، ففسد به العقد ، والثاني : لا يبطل ؛
لأنه شرط زيادة على أحكام العقد ، فبطلت الزيادة وبقي العقد .

ويستثنى : رهن الجارية إذا شرط وضعها عند المرتهن حيث يحرم ، فإن
شرطه فاسد والعقد صحيح ، قاله الماوردي والقاضي حسين ؛ لأن المنع
حق لله تعالى ، لا لأمر يرجع إلى العقد ، حكاه الزركشي .

قوله : (ولو شرط أن تحدث زوائده مرهونة.. فلاظهر : فساد الشرط)
لأنها معدومة ومجهولة ، والثاني : يصح الشرط ويكون رهناً ؛ لأنه من نماء
الأصل ، وإنما لا يتبع عند الإطلاق ؛ لضعفه ، فإذا قوي بالشرط.. سرى
وتبع .

والمراد بالزوائد : الأعيان ؛ كالنتاج ، واحترز به : عن الآثار ؛ كشرط
سكنى الدار ، وركوب الدابة ، فإن اشتراطها باطل على القولين .

قوله : (وأنه متى فسد.. فسد العقد) ذكر للخلاف مأخذان ؛ أحدهما :
فساد الرهن بفساد الشرط ، والثاني : أنه جمع في هذا الرهن بين معلوم
ومجهول ، فيجىء فيه خلاف تفريق الصفقة ، فإن كان هذا الرهن بهذا الشرط
مشروطاً في بيع.. فلاظهر : بطلان الجميع .

قوله : (وشرط العاقد : كونه مطلق التصرف) أي : في العين المرهونة ؛
لأنه عقد على مال ، فأشبهه البيع .

قوله : (فلا يرهن الولي مال الصبي والمجنون) أي : سواء كان أباً أو جدّاً

وَلَا يَرْتَهَنُ لِهَمَّا إِلَّا لِضُرُورَةٍ

أو وصياً أو حاكماً أو أميناً .

وما ذكره صحيح في المرتهن ، أما الراهن . . فيشترط فيه مع ذلك : أهلية التبرع ، فلو عبر بها . . كان أحسن .

ويرد عليه : المبعوض إذا وجب له على مالك بعضه دين فرهنه ما يملكه منه . . جزم الروياني بأنه يصح^(١) .

والمكاتب مطلق التصرف ، ولا يصح رهنه ، قاله الزركشي ؛ لأن الرهن يمنع التصرف .

قوله : (ولا يرتهن لهما) لأن الولي في حال الاختيار لا يقرض ولا يبيع إلا بحال مقبوض قبل التسليم فلا ارتهان ، ولأن فيه مفسدة ، فإنه قد يتلف المرهون ، ويرفعه إلى حاكم يرى سقوط الدين فيه .

وقوله : (فلا يرهن) بالفاء ، يقتضي أن ما بعدها مستفاد مما قبلها ، والولي مطلق التصرف في مال المحجور عليه ، لكنه ليس أهلاً للتبرع فيه ، فتعبير « المحرر » بالواو أصوب^(٢) .

ولو عبر بالمحجور عليه . . كان أعم ؛ لأن السفیه كالصبي والمجنون .

قوله : (إلا لضرورة) أي : فيجوز الرهن والارتهان ، فالرهن : أن يخاف الولي على المال ؛ لنهب أو حريق ؛ فله أن يشتري عقاراً ويرهن بالثمن شيئاً من ماله إذا لم يمكن أدائه في الحال ولم يبع صاحب العقار إلا بشرط الرهن ، وكذلك إذا اقترض له لحاجته إلى النفقة والكسوة ، أو توفية دين ، أو إصلاح

(١) بحر المذهب (٢٢١ / ٥) .

(٢) المحرر (٥٤٧ / ١) .

أَوْ غِبْطَةً ظَاهِرَةً .

وَشَرْطُ الرَّهْنِ : كَوْنُهُ عَيْنًا فِي الْأَصَحِّ ،

ضياح أو مَرَمَّتْهَا^(١) ارتقاباً لغلتها ، أو لانتظار حلول دينه المؤجل ، أو نفاق متاعه الكاسد ، فإن لم يرتقب شيئاً من ذلك . . فبيع ما يريد رهنه أولى من الاستقراض .

وأما الارتهان . . فكما إذا أقرض الولي ماله أو باعه مؤجلاً ؛ لضرورة نهب ، أو تعذر عليه استيفاء دينه ، أو كان مؤجلاً بسبب إرث أو غيره .

قوله : (أو غبطة ظاهرة) أي : فيجوز أيضاً الرهن والارتهان ، فالرهن : أن يشتري ما يساوي مئتين بمئة نسيئة ، ويرهن به ما يساوي مئة من ماله ، فيجوز ؛ لأن المرهون إن سلم . . فلا كلام ، وإن تلف . . ففي المشتري ما يجبره .

والارتهان : أن يبيع ماله مؤجلاً بغبطة ، فلا بد من الارتهان ، وحيث جاز الرهن . . فشرطه أن يرهن عند أمين ، وإذا باع نسيئة . . فشرطه أن يكون المشتري موسراً ثقة ، ويقصر الأجل ، وأن يكون الرهن وافياً بالثمن .
ولولي الطفل أن يرتهن له من نفسه إذا كان له عليه دين .

قوله : (وشرط الرهن) أي : المرهون (كونه عيناً في الأصح) نص عليه في « الأم »^(٢) أي : فلا يجوز رهن الدين ؛ لأن الرهن لا يلزم إلا بقبض المرتهن ، وقبضه هنا لا يصادف ما تناوله العقد ؛ لأنه فرع عن أخذ المالك

(١) رَمَ الشيءَ يَرْمِيهِ بضم الراء وكسرهما ، رَمًا وَمَرَمَةً : أصلحه . مختار الصحاح (ص : ١٨٦) .

(٢) الأم (٢٩٠ / ٤) .

وَيَصِحُّ رَهْنُ الْمُشَاعِ

له ، وإذا أخذه . . خرج عن أن يكون ديناً ، والثاني : يجوز إذا كان على مليء
 مقرر ؛ كبيعه .

والوجهان إذا قلنا بجواز بيعه ، فإن منعناه . . امتنع الرهن ، وحكى في
 « البيان » : ثلاثة أوجه في بيعه وهبته ورهنه ، ثالثها : يجوز البيع والهبة دون
 الرهن^(١) .

وإطلاق منع الرهن محله في الابتداء ، أما لو جنى على المرهون جان . .
 فالأرش في ذمته مرهون على الأرجح ؛ لامتناع الإبراء منه .
 وإذا صححنا هبة الدين فهل يلزم بمجرد العقد أو لا بد من قبض أو أن
 يقول : استوف ؟ أوجه ، وإذا صححنا رهنه . . افتقر إلى قبض محسوس ،
 ولا تأتي الأوجه .

ويرد على إطلاقه الخلاف : المنفعة فإنه لا يصح رهنها بلا خلاف ؛ لأنها
 تتلف شيئاً فشيئاً ، فلا تصلح رهنأ ، وإن أريد رهن أجرتها . . فهو مجهول .
 قوله : (ويصح رهن المشاع) أي : من الشريك وغيره ، سواء قبل القسمة
 أو لا .

ويكون قبضه بقبض جميعه ؛ قياساً على البيع ، فإن كان مما لا ينقل . .
 فبأن يخلي بينه وبينه ، وإن كان منقولاً . . فلا بد من النقل ، ولا بد من إذن
 الشريك فيهما .

وإذا حصل القبض ؛ فإن حصل بالتراضي على أن يكون في يد المرتهن أو
 الراهن أو الشريك . . جاز ، وإلا . . سلمه الحاكم إلى عدل .

(١) البيان (٣٤/٦) .

وَالْأُمُّ دُونَ وَلَدِهَا وَعَكْسُهُ ، وَعِنْدَ الْحَاجَةِ يُبَاعَانِ ، وَيُوزَعُ الثَّمَنُ ،

فرع : لو رهن نصيبه من بيت معين من الدار المشتركة بإذن شريكه . .
صح ، وكذا بغير إذنه في الأصح ؛ كالبيع ، والثاني : لا ؛ لأنه ربما اتفقت
القسمة ، ووقع البيت في نصيب صاحبه ، ورجحه البغوي^(١) .

فإن جوزنا فاتفق ذلك . . فاحتمالان للإمام ؛ أرجحهما عنده وعند الرافعي
والنووي : أن الراهن يغرم قيمته فيكون رهناً ، قال السبكي : وأرجحهما
عندي : أنه كتلف المرهون ، وأرجح منه : ما في « المذهب » من أنه يبقى
مرهوناً^(٢) .

قوله : (والأم دون ولدها وعكسه) أي : ويصح رهن الأم دون الولد ،
وبالعكس حيث يمتنع التفريق بينهما ؛ لأن الرهن ليس بتفريق .

قوله : (وعند الحاجة يباعان ، ويوزع الثمن) أي : في الأصح
المنصوص ؛ لأن التفريق منهي عنه^(٣) ، وقد التزم بالرهن بيع الأم ، فجعل
ملتزماً لما هو من لوازمه ، وهو بيع الولد معها ، فيباعان ويوزع الثمن عليهما ،
ثم يقدم المرتهن بما يخص المرهون ، وقيل : يباع المرهون وحده .
ويحتمل التفريق ؛ للضرورة .

والخلاف إذا لم يملك غيرها ، فإن ملكه . . كلف الأداء منه ، حكاه
الزركشي عن حكاية السنجي عن الأصحاب .

(١) التهذيب (١٨ / ٤) .

(٢) نهاية المطلب (٢٩٥ / ٦) ، الشرح الكبير (٤٣٩ / ٤) ، روضة الطالبين (٢٨٢ / ٣) ،
المذهب (٢٠٥ / ٣) .

(٣) أخرجه الترمذي (١٣٢٠) ، والحاكم (٥٥ / ٢) عن أبي أيوب رضي الله عنه .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ تُقَوَّمُ الْأُمُّ وَحْدَهَا ثُمَّ مَعَ الْوَلَدِ فَالزَّائِدُ قِيَمَتُهُ .
وَرَهْنُ الْجَانِي وَالْمُرْتَدِّ كَبَيْعِهِمَا .

قوله : (والأصح : أنه تقوم الأم وحدها) أي : موصوفة بكونها ذات ولد حاضنة له فيقال : قيمتها مثلاً مئة .

قوله : (ثم مع الولد فالزائد قيمته) أي : ويقوم مع الولد ، فإذا قيل مثلاً : قيمتهما مئة وخمسون . . علمنا أن الخمسين الزائدة قيمة الولد ، فلا حق للمرتهن فيها ، فيوزع الثمن على هذه النسبة ؛ يكون للمرتهن ثلثاه يقضي منه دينه ، وللراهن الثلث لا تعلق للمرتهن به ، سواء كان الثمن مثل القيمتين أو أزيد أو أنقص .

والثاني : أن الأم تقوم وحدها باعتبار كونها ذات ولد ؛ فيقال : قيمتها مئة مثلاً ، ثم يقوم الولد وحده ، فيقال : عشرون ، فيقسط الثمن عليهما بالأسداس ؛ سدس للولد يختص به الراهن ، والباقي يقضى منه دين المرتهن .

وقيل : إذا قومت الأم . . قومت وحدها خلية عن الولد ؛ كما لو حدث الولد بعد الرهن والتسليم من نكاح أو زنا ، وبيعاً معاً .

وهذا إذا رهن الأم دون الولد ، أما إذا رهن الولد دون الأم . . فيقوم الولد وحده محضوناً مكفولاً ، ثم مع الأم ، فالزائد قيمة الأم ، فكان ينبغي أن يقول : (يقوم المرهون وحده ، ثم مع الآخر) فالزائد قيمة الآخر ، فإنه فرض المسألة في رهن أحدهما .

قوله : (ورهن الجاني والمرتد كبيعتهما) أي : فيصح في الأصح فيهما إذا كانت الجناية عمداً ، ولا يصح في الجاني خطأ في الأصح ، وإذا صححنا رهن

وَرَهْنُ الْمُدَبَّرِ وَمُعْلَقِ الْعَتَقِ بِصِفَةِ يُمَكِّنُ سَبْقَهَا حُلُولَ الدَّيْنِ . . . بَاطِلٌ عَلَى الْمَذْهَبِ .

وَلَوْ رَهْنَ مَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ ؛ فَإِنْ أُمَكِّنَ تَجْفِيفُهُ كَرُطَبٍ . . . فَعِلَ ،

الجاني . . فالأصح : أن السيد لا يكون بالرهن ملتزماً للفداء ، بل يتخير بين فدائه وتسليمه ليبيع في الجناية .

قوله : (ورهن المدبر ، ومعلق العتق بصفة يمكن سبقها حلول الدين . . باطل على المذهب) لتعلق حق العتق بهما ، ويصح رهن المعلق عتقه بالدين الحال وبالمؤجل الذي يتيقن حلوله قبل وجود الصفة ، ولا يصح إذا تحقق وجودها قبل حلول الدين ؛ كما أفهمه .

لكن يستثنى منه : ما إذا شرط بيعه قبل وجود الصفة . . فإنه يصح ؛ كما قاله ابن أبي عصرون في « المرشد » ، وكلام المصنف صريح في البطлан إذا احتمل الأمران ، ومقتضى للصحة فيما إذا علمت مقارنة الصفة حلول الدين ، أو أمكن المقارنة والتأخر ، والظاهر : البطلان فيهما ؛ كما أشار إليه الإسنوي : فكان الأولى أن يقول : مقارنتها^(١) ؛ ليدل على البطلان عند العلم بها ، أو بالسبق ، أو إمكانه من باب أولى . انتهى

وعطفه (المعلق) على (المدبر) يقتضي تباينهما ، لكن أصح الطرق : أن التدبير تعليق عتق بصفة ، لا وصية ، والثانية : القطع بالبطلان ، والثالثة : يصح قطعاً ، قاله الزركشي .

قوله : (ولو رهن ما يسرع فسادُه ؛ فإن أمكن تجفيفه ؛ كرطب . . فعل) أي : الرطب الذي يجيء منه تمر ، والعنب الذي يتزبب يجوز رهنه بالحال

(١) وعبرة « السراج على نكت المنهاج » لابن النقيب (١٧٤ / ٣) : (وكان ينبغي أن يقول : « يمكن مقارنتها ») .

وَالْإِلاَّ ؛ فَإِنْ رَهْنَهُ بِدَيْنٍ حَالٍّ ، أَوْ مُؤَجَّلٍ يَحِلُّ قَبْلَ فَسَادِهِ ، أَوْ شَرَطَ بَيْعَهُ وَجَعَلَ الثَّمَنَ رَهْنًا . . . صَحَّ ، وَيُبَاعُ عِنْدَ خَوْفِ فَسَادِهِ وَيَكُونُ ثَمَنُهُ رَهْنًا ، وَإِنْ شَرَطَ مَنَعَ بَيْعِهِ . . . لَمْ يَصِحَّ ، وَإِنْ أَطْلَقَ . . . فَسَدَ فِي الْأَظْهَرِ .

والمؤجل ، سواء أشرط التجفيف أم لا بلا خلاف ، وسواء أكان الأجل يحل قبل أن يخشى فساد أم لا ، فإن خشي فساد قبله . . . وجب على الراهن تجفيفه ، فإن امتنع . . . أجبر عليه .

وفهم الوجوب والصحة من قوله : (فعل) .

وإن رهنه بالحال أو المؤجل الذي يحل قبل الفساد . . . بيع على حاله .

قوله : (وإلا) أي : إذا لم يمكن التخفيف (فإن رهنه بدین حال أو مؤجل يحل قبل فساد ، أو شرط بيعه وجعل الثمن رهناً . . . صح ، ويباع عند خوف فساد ويكون ثمنه رهناً ، وإن شرط منع بيعه . . . لم يصح ، وإن أطلق . . . فسَدَ في الأظهر) .

أما صحة الرهن بالحال وبما يحل قبل الفساد . . . فلائنه يمكن بيعه عند المحل واستيفاء الحق من ثمنه .

وأما ما لا يحل قبل الفساد بل بعده أو معه ؛ فإن شرط بيعه عند الخوف عليه من الفساد ، وجعل ثمنه رهناً . . . صح أيضاً ويباع ويصير ثمنه رهناً من غير إنشاء عقد ، وإن شرط منع بيعه . . . لم يصح الرهن ، وكذا إن أطلق على الأظهر ؛ لأنه لا يمكن استيفاء الحق منه بالبيع لا عند المحل ؛ لتلفه ، ولا قبله ؛ لأنه ليس من مقتضيات الرهن .

والثاني : يصح ويباع إذا أشرف على الفساد ؛ كما لو شرط بيعه ؛ لأن الظاهر : أنه لا يقصد إفساد ماله ، وقال في « الشرح الصغير » : إنه أظهر عند الأكثرين ، قال الزركشي : هو ظاهر نص « الأم » ، وَقَالَ الإسْنَوِي : فلتكن

وَأِنْ لَمْ يَعْلَمْ هَلْ يَفْسُدُ قَبْلَ الْأَجْلِ . . صَحَّ فِي الْأَظْهَرِ .
وَأِنْ رَهْنٌ مَا لَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ فَطَرَأَ مَا عَرَّضَهُ لِلْفَسَادِ ؛ كَحِنْطَةٍ ابْتَلَتْ . . لَمْ
يَنْفَسَخِ الرَّهْنُ بِحَالٍ .
وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِيرَ شَيْئاً لِيَرْهَنَهُ ،

الفتوى عليه ، وليس في « الروضة » و« أصلها » ترجيح^(١) .

قال الزركشي : الخلاف فيما إذا كان منفرداً ، فإن رهن الأشجار مع الثمار التي لا تجفف ، وأبطلنا رهن ما يسرع فساده . . فطريقان ؛ أحدهما : لا يصح في الثمار ، وفي الأشجار قولاً تفريق الصفقة .

قوله : (وإن لم يعلم هل يفسد قبل الأجل) أي : وأطلق (. . صح في الأظهر) لأن الأصل : دوام المالية ، والثاني : يفسد ؛ للجهل بإمكان البيع عند المحل .

قوله : (وإن رهن ما لا يسرع فساده فطراً ما عرضه للفساد ؛ كحنطة ابتلت . . لم ينفسخ الرهن بحال) أي : إذا طرأ بعد القبض ، سواء أتعذر تجفيفه أم لا ، لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء ، فإن طرأ ذلك قبل القبض . . فالأصح أيضاً : أنه لا ينفسخ ، بل يباع ويجعل الثمن رهناً مكانه .

قوله : (ويجوز أن يستعير شيئاً ليرهنه) نقل ابن المنذر فيه الإجماع^(٢) ، ولأن الرهن استيثاق ، وهو يحصل بما لا يملكه الشخص بدليل الإشهاد والكفالة .

(١) الأم (٣٣٧/٤) ، المهمات (٣٢٦/٥) ، روضة الطالبين (٢٨٧/٣) ، الشرح الكبير (٤٤٥/٤) .

(٢) الأوسط (٥٥٠/١٠) .

وَهُوَ فِي قَوْلٍ : عَارِيَّةٌ .

وَالْأَظْهَرُ : أَنَّهُ ضَمَانٌ دَيْنٍ فِي رَقَبَةِ ذَلِكَ الشَّيْءِ ، فَيُشْتَرَطُ ذِكْرُ جِنْسِ الدَّيْنِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ ، وَكَذَا الْمَرْهُونُ عِنْدَهُ فِي الْأَصَحِّ .

ولو قال المديون لإنسان : ارهن عبدك بديني من فلان . . فهو ؛ كما لو قبضه ورهنه .

قوله : (وهو في قول : عارية) لأنه قبض مال الغير بإذنه لينتفع به نوع انتفاع ، وليس له الرجوع بعد ذلك .

قوله : (والأظهر : أنه ضمان دين في رقبة ذلك الشيء) أي : المستعار ؛ لأن العارية هي ما أتلقت منافعتها وحيل بين صاحبها وبين الانتفاع حال الاستعارة ، وهذه منفعتها لصاحبها اتفاقاً فليست إعاره ؛ فتعيّن الضمان ؛ إذ لا يحتمل غيرها ، وليس القولان في أنه تتمحض عارية أو ضماناً ، وإنما هما في المِغْلَبِ أيهما^(١) .

قوله : (فيشترط ذكر جنس الدين وقدره وصفته) أي : في الحلول والأجل وغيرهما ؛ لاختلاف الغرض به .

وأشار بالفاء إلى تفريعه على قول الضمان .

وعن القديم : إجازة السكوت عن ذكر الحلول والأجل .

قوله : (وكذا المرهون عنده في الأصح) كالضمان ، والثاني : لا يجب ؛ لضعف الغرض فيه ، ولا يشترط بيان شيء منها على قول العارية ، لكن لو عين شيئاً منها . . لم تجز مخالفته على القولين .

(١) وفي « النجم الوهاج » (٣٠١ / ٤) ، و« عمدة المحتاج » (١٤٣ / ٧) : (. . .) في المِغْلَبِ (منهما) ونسبناه إلى الإمام ونقلناه بالمعنى ، فراجع « نهاية المطلب » (٢٠٩ / ٦) .

فَلَوْ تَلَفَ فِي يَدِ الْمُرْتَهَنِ .. فَلَا ضَمَانَ وَلَا رُجُوعَ لِلْمَالِكِ بَعْدَ قَبْضِ
الْمُرْتَهَنِ ،

نعم ؛ لو عين قدراً .. جاز النقصان عنه ، فلو زاد .. بطل في الكل ؛
للمخالفة ، وقيل : في الزائد فقط .

ولو أذن في حال فرهنه بمؤجل .. لم يصح ؛ كعكسه .

قال في « المهمات » : ولو استعار ليرهن عند واحد ، فرهن عند اثنين أو
بالعكس .. لم يجز على الأصح ، نقله الرافعي في آخر الباب الثالث^(١) .

قوله : (فلو تلف في يد المرتهن .. فلا ضمان) أي : لا على المرتهن
ولا على الراهن ، أما المرتهن .. فلأنه أمسكه رهنأ لا عارية ، وأما الراهن ..
فلأن التفريع على قول الضمان ، والضامن إنما يرجع بعد الأداء ، والحق هنا
باق في الذمة .

نعم ؛ إن قلنا بالعارية .. غرمانه .

ولو تلف في يد الراهن .. قال الشيخ أبو حامد : هو على القولين ؛ كما لو
تلف في يد المرتهن ، وأطلق الغزالي أنه يضمن ؛ لأنه مستعير ، قال في
« زوائده » : المذهب : الضمان^(٢) .

قوله : (ولا رجوع للمالك بعد قبض المرتهن) أي : على القولين ،
وإلا .. لم يكن لهذا الرهن معنى ، وقيل : يجوز إذا جعلناه عارية ، ويكون من
العواري اللازمة ، ولو رجع قبل الرهن أو بعده ، وقبل قبض المرتهن .. جاز
على القولين ؛ كما أفهمه .

(١) المهمات (٣٢٩/٥) ، الشرح الكبير (٤٥٦/٤) .

(٢) الوسيط (٢٦٦/٢) ، روضة الطالبين (٢٩٤/٣) .

فَإِذَا حَلَّ الدَّيْنُ أَوْ كَانَ حَالًا . . رُوجِعَ الْمَالِكُ لِلْبَيْعِ ، وَبَيَّاعُ إِنْ لَمْ يُقْضَ الدَّيْنُ ، ثُمَّ يَرْجَعُ الْمَالِكُ بِمَا بَاعَ بِهِ .

قوله : (فإذا حل الدين أو كان حالاً . . روجع المالك للبيع) لأن المالك لو رهن على دين نفسه . . لوجب مراجعته ، فهنا أولى .

قوله : (ويباع إن لم يقض الدين) أي : إذا لم يقض الرهن أو المالك . . بيع المرهون ، معسراً كان الرهن أو موسراً ؛ كما يطالب الضامن في الذمة مع يسار الأصيل وإعساره .

قوله : (ثم يرجع المالك بما بيع به) أي : سواء أبيع بالقيمة أم بأكثر أم بأقل بمقدار يتغابن به .

وإطلاقه يقتضي : أنه على القولين ، وهو صحيح على قول العارية فيما إذا بيع بالقيمة أم بأكثر على ما استحسنة الرافعي ، وصوبه النووي^(١) ، أما إذا بيع بأقل ولو بما يتغابن به . . فإنه يرجع بتمامها .

ولو قضى المالك^(٢) الدين بمال نفسه . . فرجوعه^(٣) على الرهن متعلق بكون الأداء بإذن الرهن أو بغيره ، ولو اختلفا في الإذن . . فالقول قول الرهن .

(١) الشرح الكبير (٤٥٥ / ٤) ، روضة الطالبين (٢٩٤ / ٣) .

(٢) أي : المعير . راجع المسألة في « روضة الطالبين » (٢٩٥ / ٣) .

(٣) وفي (أ) : (ورجوعه) ، والمسألة في « الشرح الكبير » (٤٥٧ / ٤) بعبارة : (لو قضى المالك الدين من مال نفسه . . انفك الرهن ، ثم رجوعه . .) وبمثلها في « روضة الطالبين » (٢٩٥ / ٣) ، و« النجم الوهاج » (٣٠٣ / ٤) . وليس في نسختي « المشرع الروي » عبارة : (انفك الرهن) .

فصل

شَرَطُ الْمَرْهُونِ بِهِ : كَوْنُهُ دَيْنًا ثَابِتًا لَازِمًا ، فَلَا يَصِحُّ بِالْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ
وَالْمُسْتَعَارَةِ فِي الْأَصَحِّ ،

(فصل)

[في شروط المرهون به ، ولزوم الرهن]

(شرط المرهون به : كونه ديناً ثابتاً لازماً)

احترز بالدين : عن العين .

وبالثابت : عن الذي لم يثبت ؛ أي : لم يجب ؛ فإن الرهن به باطل ،
سواء وجد سبب وجوبه ؛ كنفقة زوجته في الغد ، أو لم يوجد ؛ كرهنه على
ما سيقرضه غداً ؛ لأن الرهن وثيقة ، فلا يقدم على الحق .

وباللازم : عما ثبت ولم يلزم ؛ كمال الكتابة .

فإن قيل : كان يستغنى باللازم عن الثابت . . قلنا : لا ؛ لأن اللزوم وعدمه
صفة للدين في نفسه لا يتوقف صدقه على وجود الدين ، والثبوت يستدعي
الوجود في الحال .

ولا بد أن يكون الدين معلوماً لكل منهما ، قال السبكي : وفي نص « الأم »
ما يشهد له^(١) .

قوله : (فلا يصح بالعين المغصوبة والمستعارة في الأصح) أي : لو
غصب عيناً واستعارها فطولب بها . . لم يجوز أن يدفع الرهن عنها ؛ كما
لا يصح ضمانها ؛ لأنه إن رهن بقيمتها إذا تلفت . . كان رهناً قبل ثبوت

(١) لعله في قوله في (جواز شرط الرهن) : (فلو أن رجلاً باع رجلاً شيئاً بألف على أن يرهنه
شيئاً من ماله يعرفه الراهن والمرتهن . . كان البيع جائزاً) . الأم (٣٠٤ / ٤) .

وَلَا بِمَا سَيُقْرَضُهُ .

وَلَوْ قَالَ : (أَقْرَضْتُكَ هَذِهِ الدَّرَاهِمَ وَارْتَهَنْتُ بِهَا عَبْدَكَ) ، فَقَالَ :
 (اقْتَرَضْتُ وَرَهَنْتُ) ، أَوْ قَالَ : (بَعْتُكَ بِكَذَا وَارْتَهَنْتُ الثَّوبَ) ، فَقَالَ :
 (اشْتَرَيْتُ وَرَهَنْتُ) .. صَحَّ فِي الْأَصَحِّ .

الدين ، وإن رهن على عينها . . لم يمكن استيفاء العين من الرهن .
 ولو قال : (بالعين المضمونة) . . كان أشمل ؛ فإن المستام ، والمأخوذ
 بالبيع الفاسد ، والمبيع والصدّاق قبل قبضهما . . كذلك .

وقيل : يجوز ؛ كما يجوز ضمانه .

وعبارة « الروضة » : الصحيح^(١) .

قوله : (ولا بما سيقرضه) لعدم ثبوته ، والرهن يتبع الدين فلا يصح
 قبله ، فلو عين وقال : رهنّت منك بالآلف التي تقرضنيها ، أو تبيعني بها . .
 فالأصح : البطلان .

ولا خلاف أنه لو قال : إن أقرضتني ألفاً فهذا رهن . . لم يصح ، وكذا :
 إن أقرضت فلاناً ألفاً فأنا ضامنهما . . لا يصح قولاً واحداً ؛ للتعليق .

قوله : (ولو قال : أقرضتك هذه الدراهم وارتهنت بها عبدك ، فقال :
 اقترضت ورهنّت ، أو قال : بعته بكذا وارتهنت الثوب^(٢) ، فقال : اشتريت
 ورهنّت . . صح في الأصح) للحاجة إلى عقده مع العقد على الدين ؛ لأنه قد
 يشترطه فلا يفي به ، والثاني : لا يجوز عقده مع العقد .

وعلى الأصح : الترتيب الذي ذكره المصنف شرط ، وهو أن يتقدم

(١) روضة الطالبين (٢٩٦/٣) ، قال في « تحرير الفتاوي » (٨٣١/١) : (لو عبر
 بـ « الصحيح » . . لوافق قول « الروضة » : « إن مقابله : وجه ضعيف ») .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (الثوب به) .

وَلَا يَصِحُّ بِنُجُومِ الْكِتَابَةِ ، وَلَا بِجُعْلِ الْجِعَالَةِ قَبْلَ الْفَرَاغِ ، وَقِيلَ : يَجُوزُ بَعْدَ الشَّرُوعِ .

وَيَجُوزُ بِالْثَمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، وَبِالَّذَيْنِ رَهْنٌ بَعْدَ رَهْنٍ .

الخطاب بالبيع أو القرض على الخطاب بالرهن ، وجوابهما على جواب الرهن .

قوله : (ولا يصح بنجوم الكتابة) لأنها غير لازمة ، فلا معنى للتوثقة (ولا بجعل الجعالة قبل الفراغ) أي : سواء أشرع في العمل أم لم يشرع ؛ لأن العمل لا يلزم بحال (وقيل : يجوز بعد الشروع) لانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم ، فأشبه الثمن في مدة الخيار .

وظاهر كلام جمهور الأصحاب : أن الخلاف يجري أيضاً قبل العمل ؛ للاختلاف فيما لم يجب ، ولكن جرى سبب وجوبه .

وصورة المسألة في الجعالة : أن يقول : من جاء بعبدي الآبق . . . فله كذا ، فيقول قائل : أعطني به رهناً وأنا آتيك به ، فلو قال : من جاء به فله دينار ، وهذا رهن به . . . فيه احتمالان في « المطلب » ورجح عدم الصحة ؛ لكون المرتهن غير معين ، نقله الزركشي .

قوله : (ويجوز بالثمن في مدة الخيار) لكونه يؤول إلى اللزوم ، وهذا إذا قلنا : إن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع ، فإن قلنا : يمنع . . . فالظاهر : منع الرهن ؛ لوقوعه قبل ثبوت الدين ، قاله الإمام^(١) .

قوله : (وبالدين رهن بعد رهن) أي : ويجوز بالدين الواحد رهن بعد رهن ؛ لأنه ليس من شرط المرهون به : ألا يكون به رهن .

(١) نهاية المطلب (٧٣/٦) .

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرْهَنَهُ الْمَرْهُونَ عِنْدَهُ بِدَيْنٍ آخَرَ فِي الْجَدِيدِ .

قوله : (ولا يجوز أن يرهنه المرهون عنده بدین آخر في الجديد) أي : وإن وفى بالدينين ؛ لأن الحق يستغرق الرهن ، ولهذا لا يرهن عند مرتهن آخر ، والقديم : الجواز ، نص عليه في الجديد ؛ لأنه تجوز زيادة رهن على رهن بدین واحد ، فكذاك زيادة دين على دين برهن^(١) .

والفرق على الأول : أن الزيادة في الدين شغل مشغول ؛ فلا تصح ، بخلاف الزيادة في الرهن فإنها شغل فارغ ؛ فتصح .

ولا فرق على القولين بين أن يكون الدين الثاني من جنس الأول أو لا ، صرح به الدارمي وغيره ، ولا بين أن يتفق الأجلان أو لا ، وخص ابن كج والدارمي القولين باتفاقهما ، فإن اختلفا . فطريقان ، قيل : على القولين ، وقيل : بالمنع قطعاً ، حكاه الزركشي .

ويستثنى من كلام المصنف : ما لو جنى المرهون ففداه المرتهن بإذن الراهن ليكون مرهوناً بالدين والفداء . . فإن فيه طريقين ؛ أحدهما : القطع بالجواز ؛ لما فيه من المصلحة ، وهي حفظ مال الراهن ، ووثيقة المرتهن .

ويجريان فيما : لو أنفق المرتهن على المرهون بإذن المالك على أن يكون مرهوناً بهما ، وفيما : إذا أنفق بإذن الحاكم لعجز الراهن عن النفقة وغيبته على أن يكون مرهوناً بهما^(٢) ، وللسبكي في « شرح المذهب » بحث في جريان الطريقين في الثانية ، ونقلها في « زوائده » عن القاضي أبي الطيب^(٣) .

(١) راجع « الأم » (٤ / ٣٢١) .

(٢) أي : بالنفقة والدين .

(٣) روضة الطالبين (٣ / ٣٣٣) .

وَلَا يَلْزَمُ إِلَّا بِقَبْضِهِ مِمَّنْ يَصِحُّ عَقْدُهُ .

وَتَجْرِي فِيهِ النِّيَابَةُ لَكِنْ لَا يَسْتَنْبِطُ الرَّاهِنَ ، وَلَا عَبْدَهُ ،

قوله : (ولا يلزم إلا بقبضه) أي : القبض المعهود في البيع ، فلو امتنع الراهن منه ، أو فسخ قبله جاز ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة : ٢٨٣] .

واللزوم بالقبض في حق الراهن ، أما المرتهن . . فلا .

قوله : (ممن يصح عقده)

اعلم : أنه يشترط في كل واحد من القابض والمقبض : أن يكون ممن يصح عقده على الرهن ، حتى لا يصح من المحجور عليه قبض ولا إقباض ، بل يتعاطاهما الولي حيث يجوز تعاطي العقد .

والأقرب إلى كلام المصنف : أن يريد به المقبض الذي هو الراهن ، أو وكيله ، ويكون المراد : أن يقع القبض بإذنه ، قال الإسنوي : فلو أذن له فجن أو أغمي عليه . . لم يجز أن يقبضه وإن كان الرهن باقياً على المذهب .

قوله : (وتجري فيه النيابة) أي : من الطرفين ؛ قياساً على العقد (لكن لا يستنبط الراهن)^(١) أي : لا يستنبط المرتهن الراهن في القبض لنفسه ؛ لأن الواحد لا يتولى طرفي القبض ، فيكون مقبضاً عن نفسه قابضاً لغيره .

وعبارته تقتضي : البطلان فيما لو كان الراهن وكيلاً في الرهن فقط فوكله المرتهن في القبض من المالك ، ولا وجه في هذه إلا الصحة ، قاله الإسنوي .

قوله : (ولا عبده) يعني : عبد الراهن ، سواء كان قنّاً أو أم ولد ، أو

(١) وفي هامش (ب) نسخة : (راهناً) .

وَفِي الْمَأْذُونِ لَهُ وَجْهٌ ، وَيَسْتَنْبِئُ مُكَاتَبُهُ .

وَلَوْ رَهَنَ وَدِيعَةً عِنْدَ مُودَعٍ أَوْ مَغْصُوباً عِنْدَ غَاصِبٍ . . لَمْ يَلْزَمْ مَا لَمْ يَمْضِ
زَمَنُ إِمْكَانِ قَبْضِهِ ، وَالْأَظْهَرُ : اشْتِرَاطُ إِذْنِهِ فِي قَبْضِهِ ،

مدبراً أو مأذوناً ؛ لأن يد العبد كيد سيده .

قوله : (وفي المأذون له^(١)) أي : في التجارة (وجه) أي : يجوز
استنابته ؛ لانفراده باليد والتصرف .

قوله : (ويستنبئ مكاتبه) لأنه معه كالأجنبي .

قوله : (ولو رهن ودیعة عند مودع أو مغصوباً عند غاصب . . لم يلزم ما لم
يمض زمن إمكان قبضه ، والأظهر : اشتراط إذنه في قبضه) إذا أودع شيئاً ثم
رهنه عند المودع ، أو رهن ماله المغصوب عند الغاصب . . فظاهر النص : أنه
لا بد من إذن جديد في القبض .

ولو وهبه له . . فظاهر النص : حصول القبض بلا إذن ، وأصح الطرق
فيهما : قولان ، أظهرهما : اشتراط الإذن فيهما ؛ لأن اليد كانت عن غير تلك
الجهة ، ولم يقع تعرض للقبض عنها .

وقيل : لا بد في الغصب من إذن قطعاً ؛ لعدم الإذن في أول اليد .

وسواء أشرط الإذن أم لا . . لا يلزم ما لم يمض زمن تتأتى فيه صورة
القبض ؛ لأنه لو لم يكن في يده . . لكان اللزوم متوقفاً على هذا الزمان وعلى
القبض ، لكن القبض سقط ؛ إقامة لدوام اليد مقام ابتدائها ، فبقي اعتبار
الزمان ، وهو من وقت الإذن إن اشترطناه ، وإن لم نشترطه . . فمن العقد .

وأفهم إطلاقه : أنه لا يشترط ردها به إليه ، وهو الأصح ، وحكى

(١) وفي (أ) : (وفي العبد المأذون له) .

وَلَا يُبْرِئُهُ ارْتِهَانُهُ عَنِ الْغَضَبِ ، وَيُبْرِئُهُ الْإِيدَاعُ فِي الْأَصَحِّ .

السبكي : الاشتراط عن الأكثرين بنفسه أو وكيله ، وحكاه ابن الرفعة عن ظاهر النص^(١) .

قوله : (ولا يبرئه ارتهانه عن الغصب) أي : فيما إذا رهن العين المغصوبة من الغاصب وإن تم الرهن ولزم ؛ لأن الرهن لا ينافي الضمان ؛ بدليل ما لو رهنه شيئاً فتعدى فيه . . فإنه يصير ضامناً ولا يبطل الرهن .

والإجارة والتوكيل والقراض والتزويج لا يفيد أيضاً البراءة عن الغصب على المذهب ؛ كما لا يفيد الرهن ، فإن أراد البراءة . . رده إلى الراهن ، ثم له الاسترداد بحكم الرهن ، فإن امتنع الراهن من قبضه . . فله إجباره .

ولو صرح بإبراء الغاصب والمال في يده . . ففي براءته وجهان ، قال الرافعي : أصحهما : لا يبرأ ، وقال المصنف : قطع صاحب « الحاوي » بأنه يبرأ^(٢) ، وصححه البغوي ، وقال صاحب « الشامل » و« المهذب » : هو ظاهر النص .

وكان الأولى أن يقول : (عن ضمان الغصب) فإنه في هذه الحالة ليس بغاصب ولكن ضمانه لم يزل ؛ إذ لم يرد ، قاله الزركشي .

ورهن العارية والمستام والمقبوض بالشراء الفاسد عند صاحب اليد . . كرهن المغصوب ، فذكر المصنف المودع والغاصب أولاً مثال .

قوله : (ويبرئه الإيداع في الأصح) لأن يد المودع للمالك ويد المرتهن لنفسه ، والثاني : لا يبرأ ؛ كالرهن .

(١) كفاية النبيه (٤٠٢/٩) .

(٢) الشرح الكبير (٤٧٦/٤) ، روضة الطالبين (٣١٠/٣) ، الحاوي الكبير (٨٥/٧) .

وَيَحْصُلُ الرُّجُوعُ عَنِ الرَّهْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ بِتَصَرُّفٍ يُزِيلُ الْمِلْكَ ؛ كَهَبَةِ مَقْبُوضَةٍ ، وَبِرَهْنٍ مَقْبُوضٍ ، وَكِتَابَةٍ ، وَكَذَا تَدْبِيرُهُ فِي الْأَظْهَرِ ، وَبِإِحْبَالِهَا ، لَا بِالْوُطْءِ وَالتَّزْوِيجِ .

فرع : يجوز اجتماع الرهن والإجارة عندنا ، فإذا أذن له في القبض عنهما . . صار مقبوضاً عنهما ، وكذا إن أذن في القبض عن الرهن فقط ؛ لأن قبض الإجارة لا يفترق إلى إذن ، وإن أذن في القبض عن الإجارة . . لم يصير مقبوضاً عن الرهن ، قاله السبكي .

قوله : (ويحصل الرجوع عن الرهن قبل القبض بتصرف يزيل الملك ؛ كهبة مقبوضة ، وبرهن مقبوض ، وكتابة) أي : لتعلق حق الغير ، فإن وهب أو رهن ولم يقبض . . فمقتضى تقييد المصنف والرافعي بالقبض^(١) : أنه لا يحصل الرجوع ، والمنصوص : أنه يكون رجوعاً .

قوله : (وكذا تدبيره في الأظهر) هذا هو المنصوص ؛ لأن مقصود التدبير العتق ، وهو ينافي الرهن ، ومقابله : من تخريج الربيع ، ووجهه : إمكان الرجوع في التدبير ، فكان الأولى : أن يعبر بالنص .

قوله : (وبإحبالها ، لا بالوطء والتزويج) لأن الإحبال يمنع البيع بخلافهما .

فرع : في « زوائد الروضة » في الإجارة قبل القبض : قال العراقيون وصاحب « التتمة » : إن كانت إلى مدة تنقضي قبل محل الدين . . لم يكن رجوعاً قطعاً ، وإلا . . فعلى الخلاف ؛ يعني : في بيع المستأجر ، ثم قال : والأصح : أنها ليست رجوعاً مطلقاً ، نص عليه في « الأم » ،

(١) روضة الطالبين (٣/٣١١) ، الشرح الكبير (٤/٤٧٧) .

وَلَوْ مَاتَ الْعَاقِدُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، أَوْ جُنَّ ، أَوْ تَخَمَّرَ الْعَصِيرُ ، أَوْ أَبَقَ الْعَبْدُ . لَمْ يَبْطُلِ الرَّهْنُ فِي الْأَصَحِّ .

وقطع به الشيخ أبو حامد والبغوي^(١) .

قوله : (ولو مات العاقد قبل القبض ، أو جن ، أو تخمر العصير ، أو أبق العبد . . لم يبطل الرهن في الأصح) في موت أحد العاقلين طرق ؛ أصحها على قولين ؛ أظهرهما : لا يبطل فيهما ؛ لأن مصيره إلى اللزوم ، فلا يبطل بموتهما ؛ كالبيع في زمن الخيار ، وعلى هذا : يتخير وارث الراهن في الإقباض ، والثاني : يبطل ؛ لأنه جائز فبطل ؛ كالوكالة .

والخلاف في جنون أحدهما مرتب على الموت ، والمشهور : أنه لا يبطل .

وأما العصير ؛ فإن تخمر بعد القبض . . فالأصح : بطلان الرهن بالتخمر ، وعوده بالتخلل ، وإن تخمر قبله . . فالأصح : لا يبطل ، ولا يصح الإقباض في حال الخمرية ، فلو فعل وعاد خلاً . . فعلى الأصح : يستأنف قبضاً .

وأما عدم البطلان بالإباق . . فلاغتفار ما يقع في الدوام ، وأما الإباق . . فمرتب على الجناية ، وقال الإمام بعد حكاية الوجهين في الجناية : ويلزم على هذا : جريان الوجهين فيما إذا أبق المرهون قبل القبض وعاد ، ثم توقف فيه ، فهو من تخريبه^(٢) .

وتعبيره بـ (العاقد) يشمل الراهن والمرتهن ووكيلهما ووكيل أحدهما ، قاله الزركشي .

(١) روضة الطالبين (٣ / ٣١١) ، وراجع « الأم » (٤ / ٢٩٢) ، و« التهذيب » (٤ / ١٨) .

(٢) نهاية المطلب (٦ / ١٥٤) .

وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ الْمُقْبِضِ تَصَرُّفٌ يُزِيلُ الْمَلِكَ ، لَكِنْ فِي إِعْتَاقِهِ أَقْوَالٌ ؛
أَظْهَرُهَا : يَنْفُذُ مِنَ الْمَوْسِرِ وَيَغْرَمُ قِيمَتَهُ يَوْمَ عِتْقِهِ رَهْنًا ، وَإِنْ لَمْ يُنْفِذْهُ
فَانْفَكَ . . لَمْ يَنْفُذْ فِي الْأَصَحِّ ،

قوله : (وليس للراهن المقبض تصرف يزيل الملك) لأنه لو جاز . . لبطل
معنى التوثق ، وهذا إذا لم يكن التصرف مع المرتهن أو بإذنه .

قوله : (لكن في إعتاقه أقوال ؛ أظهرها : ينفذ من الموسر) أي : دون
المعسر ؛ لأنه عتق في ملك يبطل به حق غيره ، فاختلف فيه الموسر
والمعسر ؛ كعتق العبد المشترك ، والثاني : لا ينفذ مطلقاً ؛ لأنه حجر على
نفسه ، والثالث : ينفذ مطلقاً ؛ كعتق العبد المستأجر ، والأمة المزوجة .

ولو رهن نصف عبده وأقبضه ثم أعتق النصف الآخر وقلنا : لا ينفذ إعتاق
الراهن . . فالأصح هنا : أنه يسري إذا كان موسراً ، وعنه احترز بالإعتاق .

قوله : (ويغرم قيمته يوم عتقه رهناً) أي : إذا نفذنا عتق الموسر . . غرمانه
قيمة العتيق يوم العتق ؛ جبراً لحق المرتهن ، وتصير القيمة رهناً بمجرد
إعطائها على قصد الغرم .

وإن لم يحصل إنشاء عقد . . قال الزركشي : لا يتعين ما ذكر ، بل هو
مخير بين جعل القيمة رهناً ، أو قضاء الدين من غير رهن ، ويحصل العتق
بمجرد التلفظ به على ما قطع به الأكثرون .

قوله : (وإن لم ينفذه فانفك . . لم ينفذ في الأصح) أي : إن لم ينفذه
لإعساره ، أو قلنا : لا ينفذ مطلقاً ، فانفك الرهن بأداء أو إبراء . . لم ينفذ ؛
كما لو أعتق المحجور عليه بالسفه ، ثم زال الحجر ، وقيل : ينفذ ، وقطع به
قاطعون ؛ لزوال المانع .

وَلَوْ عَلَّقَهُ بِصِفَةٍ فَوُجِدَتْ وَهُوَ رَهْنٌ . . فَكَالِإِعْتَاقِ ، أَوْ بَعْدَهُ . . نَفَذَ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَلَا رَهْنُهُ لِغَيْرِهِ ،

وإن بيع في الدين ثم تملكه . . لم يعتق أيضاً ، وقيل : على الخلاف ، وقد يؤخذ من كلام المصنف .

قال الزركشي : الأول : نصه في « المختصر » ، والثاني : نصه في (كتاب الظهار) ، وفي (الرهن الصغير) من « الأم »^(١) ، فحقه : التعبير بالأظهر .

قوله : (ولو علقه بصفة فوجدت وهو رهن . . فكالإعتاق) أي : ففيه الأقوال ؛ لأن التعليق مع الصفة كالتنجيز ، وهذا إذا كان التعليق بعد الرهن ، فإن كان قبله . . لم يصح الرهن على الصحيح .

قوله : (أو بعده . . نفذ على الصحيح) لأنه لا يبطل حق المرتهن ، والثاني : لا ينفذ ؛ إبطالاً للتعليق مطلقاً كالتنجيز في قول .
وعبر في « الروضة » بالأصح^(٢) .

ومحل ما ذكره ؛ من النفوذ لوجود الصفة بعد انفكاك الرهن . . إذا لم توجد الصفة وهو رهن ، فإن وجدت وهو رهن ولم نحكم بالعتق للإعسار . . فقد انحلت اليمين ، فلا يعتق بوجودها بعده ، نبه عليه الإسنوي .

قوله : (ولا رهنه لغيره^(٣)) معطوف على قوله : (تصرف يزيل الملك) قال السبكي : لأن ما استحق بعقد لازم لا يجوز أن يعقد عليه مثله من غير إذن من له الحق ؛ كبيع ما باعه ، وإجارة ما أجره .

(١) مختصر المزني في (كتاب الرهن) (ص : ١٣٧) وفي (كتاب الظهار) (ص : ٢٨٠) ، الأم (٤٠٦/٤ - ٤٠٧) .

(٢) روضة الطالبين (٣/٣١٨) .

(٣) وفي (أ) : (ولا يجوز رهنه من غيره) .

وَلَا التَّزْوِيجُ ، وَلَا الْإِجَارَةُ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًا أَوْ يَحِلُّ قَبْلَهَا ،

وقولنا : (أن يعقد عليه مثله) احتراز عن إجارته ونحو ذلك ، فإنه يجوز ، وقولنا : (بعقد لازم) إشارة إلى صورة المسألة ، وهي : أن يكون بعد القبض ، فلو كان قبله جاز ، وفيه احتراز أيضاً من إعارة ما أعاره ، فتجوز ؛ لأن العارية غير لازمة ، وقولنا : (من غير إذن المرتهن)^(١) لأنه يجوز بإذنه ، صرح به في « البيان »^(٢) .

وليس المعنى : أنه يبقى الأول حتى يكون رهناً عند اثنين ، بل يفسخ به الرهن الأول .

واحتراز بقوله : (لِغَيْرِهِ) : عما إذا رهنه عنده بدين آخر فإن فيه خلافاً سبق^(٣) .

نعم ؛ لو فسخا الرهن الأول ، واستأنفاه بالدينين جاز إجماعاً . قوله : (ولا التزويج) أي : عبداً كان أو أمة ، خلية كانت عند الرهن ، أو مزوجة ثم طلقت طلاقاً بائناً وأراد السيد إعادتها أو تزويجها من غيره ، فلو كان رجعيّاً فللزواج الرجعة .

قوله : (ولا الإجارة إن كان الدين حالاً أو يحل قبلها) لأنها تنقص القيمة ، فإن حل بعدها ، أو مع انقضائها صحت ؛ لزوال التنقيص حالة البيع ، وقيل : يصح مطلقاً ، وقيل : إذا زاد على مقدار الأجل بطل الزائد على الأجل ، وفي قدره قولاً تفريق الصفقة ، واختاره السبكي .

ومقتضى كلام الرافعي : أنه يشترط لجواز الإجارة : أن يكون المستأجر

(١) كذا في (أ) و(ب) .

(٢) البيان (٧٤/٦) .

(٣) أي : في شرح قول المتن : (ولا يجوز أن يرهنه المرهون عنده بدين آخر في الجديد) .

وَلَا الْوَطْءُ ، فَإِنْ وَطِئَ . . فَالْوَلَدُ حُرٌّ .

وَفِي ثُبُوتِ الْاسْتِيلَادِ أَقْوَالُ الْإِعْتِقِ ،

عدلاً ، وصرح به ابن الرفعة ، وكذا الإعارة أيضاً ، قاله الإسنوي ، وصرح
الرافعي بصحة الإجارة من المرتهن^(١) .

قوله : (ولا الوطاء) أي : صغيرة كانت أو كبيرة ؛ لخوف الإحبال فيمن
تحبل ، وحسماً للباب في غيرها ، وقيل : إن كانت لا تحبل لصغر أو إياس أو
حمل من زنا . . جاز وطؤها إن كانت ثيباً ولم يضرها الوطاء ، وجزم الرافعي في
(الاستبراء) بجواز مقدمات الوطاء ، وقال في (الظهار) : يجيء فيه
خلاف ، وقال الماوردي هنا : ليس له وطؤها فيما دون الفرج قطعاً ، وتبعه
الرويان في « الحلية » ، حكاه الزركشي^(٢) .

قوله : (فإن وطئ . . فالولد حر) أي : بلا خلاف ؛ لأنها علقته به في
ملكه ولا حد ولا مهر .

نعم ؛ يجب أرش البكارة إن كانت بكرأ ويكون رهناً ، ويعزر بوطئه وإن لم
تحبل .

قوله : (وفي ثبوت^(٣) الاستيلاد أقوال الاعتاق) قال السبكي : ظاهره :
التسوية بين الإحبال والإعتاق ، وهي طريقة الأكثرين ، وعليها : الصحيح :
الفرق بين الموسر والمعسر .

وإذا لم ينفذ الاستيلاد . . لا تباع وهي حامل ؛ لأنها حامل بحر ، ولا بعد
الولادة حتى تسقي ولدها اللبن ، وتوجد من ترضعه ، وإذا أمكن قضاء الدين

(١) الشرح الكبير (٤٨٤ / ٤) .

(٢) الشرح الكبير (٥٢٧ / ٩) ، (٢٦٨ / ٩) ، الحاوي الكبير (٩١ / ٧) .

(٣) كذا في (أ) و (ب) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (وفي نفوذ) .

فَإِنْ لَمْ تُنْفِذْهُ فَانْفَكَّ . . . نَفَذَ فِي الْأَصَحِّ .
 فَلَوْ مَاتَتْ بِالْوِلَادَةِ . . . غَرِمَ قِيمَتَهَا رَهْنًا فِي الْأَصَحِّ .

بشمن بعضها . . بيع بقدره ، ولا يجوز بيع الزائد ، وإذا وجد للراهن مال يمكن قضاء الدين منه . . قضي منه ولم يبيع شيء منها .

قوله : (فَإِنْ لَمْ تُنْفِذْهُ فَانْفَكَّ . . . نَفَذَ فِي الْأَصَحِّ) أي : بخلاف العتق ؛ لقوة الإحبال ، والمرجح في « الشرحين » و « الروضة » : القطع بالنفوذ^(١) .

ولو بيعت في الدين ثم ملكها . . نفذ في الأظهر ، وقيل : قطعاً .

ولو ذكر المصنف هذه . . أخذت مسألته منها .

وعبارة « المحرر » : فانفك بأداء أو إبراء^(٢) ، واحترز به : عما إذا انفك بيع ثم ملكه الراهن بشراء أو إرث ونحوهما ، وفيه طريقتان ؛ أحدهما على ما يقتضيه كلامهما : القطع بعدم النفوذ ، وبها يستدرك على إطلاق المصنف ، قاله الزركشي .

قوله : (فَلَوْ مَاتَتْ بِالْوِلَادَةِ . . . غَرِمَ قِيمَتَهَا رَهْنًا فِي الْأَصَحِّ) لأنها هلكت بسبب عدوان من جهته ، والثاني : لا يجب ؛ لأن إضافة الهلاك إلى الوطاء بعيدة ، وإضافته إلى شدة الطلق أقرب ، وهذه أيضاً مفرعة على عدم النفوذ .

وعبر في « الروضة » بالصحيح^(٣) .

وتعتبر القيمة يوم الوطاء في الأصح ، وإذا أُخِذَتْ . . تكون رهناً ، وكذا إذا لم تَمُتْ ولكن نقصت وأخذ الأرض ، وله أن يصرف القيمة أو الأرض إلى قضاء الحق .

(١) الشرح الكبير (٤٩٠ / ٤) ، روضة الطالبين (٣١٩ / ٣) .

(٢) المحرر (٥٥٥ / ١) ، وفيه : (فلو انفك . . .) .

(٣) روضة الطالبين (٣٢٠ / ٣) .

وَلَهُ كُلُّ انْتِفَاعٍ لَا يَنْقُصُهُ كَالرُّكُوبِ وَالسُّكْنَى ،

ولو وَطِئَ أمة غيره بشبهة ، وماتت بالولادة.. وجبت القيمة ، ولو كانت حرة.. لم تجب الدية في الأصح فيهما .

والفرق : أن الوطء في الأمة استيلاء عليها ، والعلوق من آثاره ، والحررة لا تدخل تحت اليد .

ولو زنى بحرة أو أمة فماتت بالولادة.. فلا ضمان في الأظهر ؛ لأن الولادة في الزنا لا تضاف إلى وطئه ؛ لانقطاع النسب عنه .

فرع : وقف المرهون باطل على المذهب ، وقيل : كالإعتاق .

قوله : (وله كل انتفاع لا ينقصه ؛ كالركوب والسكنى) لقوله صلى الله عليه وسلم : « الظَّهْرُ يُرَكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا » . رواه البخاري^(١) ؛ أي : لا يمتنع على الراهن الركوب .

قال الزركشي : المراد : الركوب في البلد ، فيمتنع عليه السفر إلا بإذن وإن قربت المسافة ، ولا ينجع بالسائمة عند الجذب إلا برضا المرتهن ، فإن لم يرض.. أجبر بوضعها على يد عدل ينجع إذا طلب مالها ، نص عليه^(٢) . انتهى

وفي معناه : السكنى والاستخدام ، قال الزركشي في « الكفاية » : إذا منعنا الوطء.. فليس له استخدامها ؛ حذراً منه ، ويساعده قول الروياني بمنع الخلوة بها^(٣) ؛ فيستثنى من إطلاق المصنف .

(١) صحيح البخاري (٢٥١٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) الأم (٣٤١/٤) .

(٣) بحر المذهب (٣٠٧/٥) .

لَا الْبِنَاءُ وَالْغِرَاسُ ، فَإِنْ فَعَلَ . . لَمْ يُقْلَعْ قَبْلَ الْأَجْلِ ، وَبَعْدَهُ يُقْلَعُ إِنْ لَمْ تَفِ الْأَرْضُ بِالذَّيْنِ وَزَادَتْ بِهِ ، ثُمَّ إِنْ أُمِكنَ الْإِنْتِفَاعُ بِغَيْرِ اسْتِرْدَادٍ . . لَمْ يَسْتَرِدَّ ، وَإِلَّا . . فَيَسْتَرِدُّ ،

وقوله : (لا ينقصه) الأفصح فيه : التخفيف على وزن : أكله يأكله ، قال تعالى : ﴿ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوكُمْ شَيْئًا ﴾ [التوبة : ٤] ، ويجوز التشديد على وزن : كَلَّمَ يُكَلِّمُ .

قوله : (لا البناء والغراس) أي : يمنع منهما الراهن ؛ لنقص قيمة الأرض بهما ، وقيل : يجوز الغراس إذا كان الدين مؤجلاً .

قوله : (فإن فعل . . لم يقلع قبل الأجل) أي : الحلول ؛ لأنه قد يقضي الدين من غير الأرض ، وقيل : يقلع .

قوله : (وبعده يقلع إن لم تف الأرض بالدين وزادت به) أي : بالقلع .
فإن وفي ثمنها لو بيعت وحدها بالدين ، أو لم يف ولكن قيمتها مشغولة ؛ كقيمتها فارغة ، أو أدى الراهن الدين من جهة أخرى . . فلا قلع .
وقوله : (وزادت) يوهم : أنهما شرطان للقلع ، وإنما هما على البذل ؛ فالتعبير بـ (أو) أقرب ، قاله الزركشي .

وصورة المسألة : ألا يأذن الراهن في بيع الغراس مع الأرض ، فإن أذن . . فلا يقلع ، ويباعان ، ويوزع الثمن عليهما ، ويحسب النقصان على الغراس .
قوله : (ثم إن أُمِكنَ الانتفاع بغير استرداد . . لم يسترد ، وإلا . . فيسترد)
مثال الأول : رهن عبداً له صنعة يمكن أن يعملها في يد المرتهن ، فأراد السيد أن يعملها تحت يده . . لم يسترد من المرتهن ؛ لأن اليد له^(١) .

(١) وفي (ب) قوله : (لأن اليد له) غير موجود . وراجع « النجم الوهاج » (٣١٧ / ٤) .

وَيُشْهَدُ إِنْ اتَّهَمَهُ ، وَلَهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ مَا مَنَعْنَاهُ .

وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ تَصَرُّفِ الرَّاهِنِ ،

ومثال الثاني : إذا كان لا يحسن إلا الخدمة ، أو كان يحسن الصنعة وأراد السيد استخدامه . . استرده نهاراً ، ورد إلى المرتهن ليلاً .

ولا فرق بين العبد والبهيمة والجارية ، لكن لا يأخذ الجارية إلا إذا أمن غشيانه ؛ بأن كان محرماً أو ثقة وله أهل .

وإذا استرد ؛ فإن كان الانتفاع يدوم ؛ كسكنى البيت . . أمسكه ليلاً ونهاراً ، وإن كان في بعض الأوقات ؛ كالركوب والاستخدام . . أمسكه نهاراً وردّه إلى المرتهن ليلاً ، كذا قاله الرافعي ، والقديم : لا ينزع المرهون من يد المرتهن أصلاً ، وقيل : إن كان الراهن ثقة . . استرده ، وإلا . . فلا ، أما ما لا منفعة فيه ؛ كالحبوب . . فلا يسترد^(١) .

قوله : (ويشهد إن اتهمه) أي : إن لم يثق المرتهن بالراهن . . أشهد عليه عند الاسترداد شاهدين أنه يأخذه للانتفاع ، فإن كان موثقاً به عند الناس . . لم يكلف الإشهاد في كل أخذة على الأصح ، ولا خلاف أن للراهن أن يعير ويؤجر .

قوله : (وله بإذن المرتهن ما منعه) أي : من التصرفات والانتفاعات من غير بدل ؛ لأن المنع لحقه وقد أذن .

قوله : (وله الرجوع قبل تصرف الراهن) لأن حقه باق ، فإن تصرف . . فلا ، وقيل : يجوز بعد البيع في زمن الخيار .

(١) من قوله : (وإذا استرد . .) إلى قوله : (. . فلا يسترد) الفقرة كاملة غير موجودة في (ب) وهو منقول من « الشرح الكبير » (٤ / ٤٩٣) .

فَإِنْ تَصَرَّفَ جَاهِلًا بِرُجُوعِهِ . . فَكَتَصَرَّفَ وَكِيلَ جَهْلَ عَزْلُهُ .
وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِهِ لِيُعَجَّلَ الْمُؤَجَّلَ مِنْ ثَمَنِهِ . . لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ ، وَكَذَا لَوْ
شَرَطَ رَهْنَ الثَّمَنِ فِي الْأَظْهَرِ .

نعم ؛ لو أذن له في الهبة فوهب ولم يقبض ، أو في الوطاء فوطئ ولم
يحبل . . فله أن يرجع ، وإذا وطئ بإذنه ولم يحبل . . فالرهن بحاله وإن أحبل
بعُدَ موسراً كان أو معسراً ، ولا قيمة عليه .

قوله : (فَإِنْ تَصَرَّفَ جَاهِلًا بِرُجُوعِهِ . . فَكَتَصَرَّفَ وَكِيلَ جَهْلَ عَزْلُهُ) أي :
عزل موكله له ، وفيه وجهان ؛ أحدهما : عدم النفوذ .
ولو تصرف أو وطئ عالماً برجوعه . . كان كما لو لم يأذن .

قوله : (وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِهِ لِيُعَجَّلَ الْمُؤَجَّلَ مِنْ ثَمَنِهِ . . لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ)
يعني : إذا شرط ذلك لفظاً ؛ لأنه قد شرط في الإذن شرطاً فاسداً - وهو
التعجيل - فأبطله ، وعبارة « المحرر » : (وَلَوْ أَذِنَ فِي الْبَيْعِ بِشَرَطِ أَنْ
يُعَجَّلَ)^(١) .

أما إذا قصده ولم ينطق به . . فلا أثر له ، أو تلفظ به على غير صورة الشرط
فقال : أذنت لك في بيعه لتعجل ، وأطلق . . قال السبكي : فالذي يظهر : أن
هذا ليس بشرط ، ويكون الإذن صحيحاً والبيع صحيحاً ، وإن نوى
الاشتراط . . كان كالتصريح به ، ومنعه الزركشي قال : كما لو نكح بشرط :
إذا وطئ طلق . . يبطل ، ولو لم يشرط ونواه . . صح وكره .

قوله : (وَكَذَا لَوْ شَرَطَ رَهْنُ الثَّمَنِ فِي الْأَظْهَرِ) يعني : إذا أذن في بيعه
بشرط أن يجعل الثمن رهناً مكانه . . فالأظهر : فساد الإذن والبيع ، سواء كان

فصل

إِذَا لَزِمَ الرَّهْنُ . . فَالْيَدُ فِيهِ لِلْمُرْتَهِنِ ، وَلَا تُزَالُ إِلَّا لِلانْتِفَاعِ ؛ كَمَا سَبَقَ .

الدين حالاً أو مؤجلاً ؛ كما لو أذن له بشرط أن يرهن عنده عيناً أخرى ،
والثاني : يصحان ، وعلى الراهن الوفاء بالشرط ؛ لأن الرهن قد ينتقل من
العين إلى البدل شرعاً فيما إذا أتلّف المرهون ، فجاز أن ينتقل إليه شرطاً .
ولو أذن في الإعتاق بشرط جعل القيمة رهناً ، أو في الوطاء بهذا الشرط إن
أحبّل . . ففيه القولان .

(فصل)

[في الأمور المترتبة على لزوم الرهن]

(إذا لزم الرهن) أي : بالقبض (. . فاليد فيه للمرتهن) لأن قوام التوثق
بها ، وهذا تفريع على الصحيح : أنه لا يشترط في عقد الرهن بيان من يكون
عنده^(١) .

والخلاف فيما إذا لم يكن الرهن جارية ، فإن كانت . . لم تشترط قطعاً ،
قاله في « الروضة »^(٢) ، حكاه الزركشي .

نعم ؛ لو كان المرهون عبداً مسلماً ، أو مصحفاً عند كافر ، أو سلاحاً عند
حربي . . وضع في يد عدل .

قوله : (ولا تزال إلا للانتفاع ؛ كما سبق) سواء أكان عنده أم عند العدل ،
وفي القديم : لا ينزع المرهون من يد المرتهن أصلاً .

(١) عبارة « عمدة المحتاج » (١٨٠ / ٧) : (من يكون المرهون في يده) .

(٢) راجع « روضة الطالبين » (٢٨٣ / ٣ - ٢٨٤) ، (٣٢٢ / ٣) .

وَلَوْ شَرَطَا وَضَعَهُ عِنْدَ عَدْلٍ . . جَازَ ، أَوْ عِنْدَ اثْنَيْنِ وَنَصًّا عَلَى اجْتِمَاعِهِمَا عَلَى حِفْظِهِ أَوْ الْإِنْفِرَادِ بِهِ . . فَذَاكَ ، وَإِنْ أَطْلَقَا . . فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ فِي الْأَصَحِّ .

قوله : (ولو شرطا^(١) وضعه عند عدل . . جاز) لأنه في معنى الوكيل ، وعبرة « الشرحين » و« الروضة » : في يد ثالث^(٢) ، وهو الصواب ؛ فإن الفاسق كالعدل إلا أن تكون جارية . . فلا توضع إلا عند محرم أو امرأة ثقة أو عدل .

ولو شرطا وضعه بعد اللزوم عند الراهن . . فكلام الغزالي كالصریح في المنع^(٣) ، وتبعه عليه صاحب « التعجيز » في « النبيه »^(٤) ، ومقتضى كلام « المطلب » : أنه يصح .

قوله : (أو عند اثنين ونصّا على اجتماعهما على حفظه أو الانفرد به . . فذاك) أي : فيتبع الشرط .

قوله : (وإن أطلقا . . فليس لأحدهما الانفرد في الأصح) كما لو وصى إلى رجلين ، أو وكل رجلين في شيء لا يستقل أحدهما . . فعلى هذا : يجعلانه في حرز لهما ، والثاني : يجوز ؛ لما في الاجتماع على الحفظ من المشقة .

(١) وفي (أ) و(ب) : (ولو شرط) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (ولو شرطا) وهو الصواب .

(٢) الشرح الكبير (٤٩٨ / ٤) ، روضة الطالبين (٣٢٦ / ٣) .

(٣) الوسيط (٢٧٩ / ٢) .

(٤) وفي (أ) و(ب) : (في التنبيه) ، ولعل الصواب : ما أثبتناه كما هو في « عمدة المحتاج » (١٨١ / ٧) وعبارته : (وتبعه ابن يونس في « النبيه ») ، وهو « النبيه في اختصار التنبيه »

لتاج الدين ابن يونس الموصلي .

وَلَوْ مَاتَ الْعَدْلُ أَوْ فَسَقَ . . جَعَلَاهُ حَيْثُ يَتَّفِقَانِ ، وَإِنْ تَشَاخَا . . وَضَعَهُ
الْحَاكِمُ عِنْدَ عَدْلٍ .

وَيُسْتَحَقُّ بَيْعُ الْمَرْهُونِ عِنْدَ الْحَاجَةِ ، وَيُقَدَّمُ الْمُرْتَهَنُ بِثَمَنِهِ ، وَيَبِيعُهُ
الرَّاهِنُ أَوْ وَكِيلُهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهَنِ ، فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ . . قَالَ لَهُ الْحَاكِمُ : (تَأْذُنُ أَوْ
تُبْرِيءٌ) .

قوله : (ولو مات العدل أو فسق . . جعلاه حيث يتفقان ، وإن تشاخا . .
وضعه الحاكم عند عدل) أي : قطعاً للنزاع ، وكذا لو ضعف عن الحفظ ، أو
حدث بينه وبين أحدهما عداوة ، أو كان فاسقاً فزاد فسقه .

ولو اتفقا على نقله من غير حدوث شيء من ذلك . . جاز ، ولو كان في يد
المرتتهن فتغير حاله . . فكتغير حال العدل .

قوله : (ويستحق بيع المرهون عند الحاجة ، ويقدم المرتتهن بثمنه) أي :
على سائر الغرماء ؛ لأنه فائدة الرهن ، قال الزركشي : وهذا حيث لا جناية من
العبد فإن صاحبها مقدم عليه .

قال الإسنوي : وصرح الإمام بأنه لا يجب على الراهن أداء الدين من غير
الضمن وإن طلبه المرتتهن وقدر الراهن عليه ، واستشكله ابن عبد السلام ؛ لما
فيه من تأخير الحق الواجب على الفور^(١) .

قوله : (ويبيعه الراهن أو وكيله بإذن المرتتهن) لاشتراكهما في الحق ،
ووكيل المرتتهن كالمرتتهن أيضاً .

قوله : (فإن لم يأذن) أي : المرتتهن ، وأراد الراهن بيعه (. . قال له
الحاكم : تأذن أو تبرئ) أي : يقوله للمرتتهن ؛ دفعاً لضرر الراهن ، فإن لم

(١) نهاية المطلب (١٨١ / ٦) ، الغاية في اختصار النهاية (٤٢٥ / ٣) .

وَلَوْ طَلَبَ الْمُرْتَهَنُ بَيْعَهُ فَأَبَى الرَّاهِنُ . . أَلْزَمَهُ الْقَاضِي قَضَاءَ الدَّيْنِ أَوْ بَيْعَهُ ، فَإِنْ أَصَرَ . . بَاعَهُ الْحَاكِمُ .

وَلَوْ بَاعَهُ الْمُرْتَهَنُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ . . فَلَا صَحَّ : أَنَّهُ إِنْ بَاعَهُ بِحَضْرَتِهِ . . صَحَّ ، وَإِلَّا . . فَلَا .

يفعل شيئاً . . أذن الحاكم للراهن في بيعه ، ويمنعه من التصرف في ثمنه .

قوله : (ولو طلب المرتهن بيعه فأبى الراهن . . أَلْزَمَهُ الْقَاضِي قَضَاءَ الدَّيْنِ أَوْ بَيْعَهُ ، فَإِنْ أَصَرَ . . بَاعَهُ الْحَاكِمُ) أي : ولا يلزمه القاضي بالبيع بخصوصه ؛ لأنه قد يوفي من غيره .

ولو كان الراهن غائباً . . أثبت الرَّهْنُ عند الحاكم حتى يبيعه ، فإن لم تكن له بينة ، أو لم يكن في البلد حاكم . . فله بيعه بنفسه في الأصح ؛ كالظفر بعين حقه .

قوله : (ولو باعه المرتهن بإذن الراهن . . فَلَا صَحَّ : أَنَّهُ إِنْ بَاعَهُ بِحَضْرَتِهِ . . صَحَّ ، وَإِلَّا . . فَلَا) لأنه يبيع لغرض نفسه ، فيكون في غيبة المالك متهماً بالاستعجال وترك الاحتياط ، فلا يصح ، بخلاف ما إذا كان حاضراً .

وقيل : يصح مطلقاً ، وهو مذهب الأئمة ، واختاره السبكي ؛ لأن المالك رضي ، وقيل : لا يصح مطلقاً ؛ لأن البيع مستحق للمرتهن ، فيصير كالبيع من نفسه .

فلو قدر الثمن . . فقد انتفت التهمة دون الاستحقاق ، ولو كان الدين مؤجلاً فقال : بعه . . صح الإذن ؛ لعدم الأمرين .

وحيث صححنا إذنه ؛ فإن قال : بعه لي واستوف الثمن لي ، ثم استوفه

وَلَوْ شَرَطَا أَنْ يَبِيعَهُ الْعَدْلُ.. جَازَ ، وَلَا تُشْتَرَطُ مُرَاجَعَةُ الرَّاهِنِ فِي الْأَصَحِّ .

لنفسك . . صح البيع والاستيفاء للراهن ، ولا يحصل الاستيفاء لنفسه إلا بوزن جديد أو كيل جديد ، فإن استوفاه لنفسه بعد ذلك من غير كيل أو وزن . . لم يصح ، وكذا بهما في الأصح ، ويدخل في ضمانه ؛ أي : بعد قبضه لنفسه ، أما قبله . . فهو أمانة بلا خلاف ، وكذا لو نوى إمساكه لنفسه من غير إحداث فعل . . فالأمانة مستمرة .

ولو قال : بعه لي واستوف الثمن لنفسك . . صح البيع ، ولم يصح استيفاء الثمن ، وبمجرد قبضه يصير مضموناً عليه ، وإن قال : بعه لنفسك . . لم يصح على الأظهر ، وإن قال : بعه ، ولم يقل : لي ، ولا : لنفسك . . صح في الأصح .

قوله : (ولو شرطاً^(١) أن يبيعه العدل . . جاز) أي : صح الشرط ، سواء أكان الدين حالاً أم مؤجلاً ، وشرطاً أن يبيعه عند المحل .

فلو عزل الراهن . . انعزل ، ولو عزله المرتهن . . لم ينعزل في الأصح ، لكن لا يبيع ما لم يأذن له ؛ لأن إذنه شرط .

قوله : (ولا تشتط مراجعة الراهن في الأصح) لأن الأصل : دوام الإذن الأول ، والثاني : تشتط ؛ لأنه قد يكون له غرض في استبقائه .

وفرض الإمام محل الوجهين فيما إذا كان الراهن والمرتهن أذنا للعدل ؛

(١) أي : الراهن والمرتهن ، وقول المتن : (ولو شرطاً) كذا بالثنية في (أ) و (ب) وبعض طبعات من « المنهاج » و « بداية المحتاج » (١٤٨ / ٢) ، وأما في « المنهاج » المطبوع عن دار المنهاج وسائر الشروح المطبوعة : (ولو شرط) بالإنفراد .

فَإِذَا بَاعَ . . فَالْثَّمَنُ عِنْدَهُ مِنْ ضَمَانِ الرَّاهِنِ حَتَّى يَقْبِضَهُ الْمُرْتَهَنُ .
وَلَوْ تَلَفَ ثَمَنُهُ فِي يَدِ الْعَدْلِ ثُمَّ اسْتَحِقَّ الْمَرْهُونُ ، فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي . .
رَجَعَ عَلَى الْعَدْلِ ، وَإِنْ شَاءَ . . عَلَى الرَّاهِنِ ، وَالْقَرَارُ عَلَيْهِ .

فلذلك قال : لا خلاف أن المرتهن لا يراجع ؛ لأن غرضه توفية الحق^(١) ،
وفرضه العراقيون فيما إذا شرط في الرهن أن العدل يبيع أو حصل توكيل من
الراهن فقط ولم يأذن المرتهن ؛ فلذلك قالوا : لا بد من مراجعته ، فلم
يتطابقوا هم والإمام على مسألة واحدة^(٢) ، قاله السبكي .

قوله : (فإذا باع . . فالثمن عنده من ضمان الراهن حتى يقبضه المرتهن)
لأنه ملكه ، فهو كالرهن ، هذا إذا باعه في موضعه ، فإن باعه ببلد آخر وقبض
ثمنه . . ضمنه ؛ لتعديه ، ويصح البيع ؛ لأنه لم يتعد ، نص عليه في
« الأم »^(٣) ، حكاه الزركشي .

ولو ادعى العدل تلفه . . قُبِلَ قوله ؛ كالمودع ، ويحلف ، وإن ادعى
تسليمه إلى المرتهن . . فالقول قول المرتهن .

قوله : (ولو تلف ثمنه في يد العدل ثم استحق المرهون ، فإن شاء
المشتري . . رجع على العدل ، وإن شاء . . على الراهن ، والقرار عليه) أي :
على الراهن ، فلا يرجع على الوكيل إن غرم ، ويرجع عليه الوكيل ، وهذا هو
الأصح ، أما تضمين العدل . . فلوضع يده ، وأما الراهن . . فلا لجأه المشتري
شرعاً إلى التسليم للعدل بحكم توكيله .

وصور الإمام المسألة : بما إذا تلف في يد العدل بغير تفريط ، أما إذا تلف

(١) نهاية المطلب (١٨٣/٦) .

(٢) راجع « المهمات » (٣٥٧/٥) .

(٣) الأم (٣٥٣/٤) .

وَلَا يَبِيعُ الْعَدْلُ إِلَّا بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالاً مِنْ نَقْدٍ بَلَدِهِ ، فَإِنْ زَادَ رَاغِبٌ قَبْلَ
انْقِضَاءِ الْخِيَارِ . . فَلْيَفْسَخْ وَلْيَبْعْهُ .

بتفريط ؛ فهل يكون الحكم كما سبق ، أو يقتصر الضمان على العدل . . قال
السبكي : لم أر فيه نقلاً ، والأقرب : الثاني ، ونقل الزركشي أن الماوردي
قال : ولا ضمان على العدل ما لم يتعد أو يفطر .

ولو باع العدل بإذن الحاكم لموت الراهن أو غيبته . . فلا يكون طريقاً في
الضمان في الأصح .

ولو كان البائع الحاكم ، وتلف في يده . . فلا مطالبة عليه قطعاً ابتداء
ولا قراراً ، ويطالب الراهن قطعاً ، وإلا . . يضع حق المشتري .

قوله : (ولا يبيع العدل إلا بثمن مثله حالاً من نقد بلده) أي : عند إطلاق
الإذن في البيع ، ولا يضر نقصان المقدار الذي يتغابن بمثله .

وإذا أخل بشيء من هذه الشروط وباع . . لم يصح البيع ، وهذا عند إطلاق
الإذن ، فلو عينا جنس الثمن أو بيعه بالعروض والأمتعة . . لم يتعده ، فإن
خالف . . ضمن ، قاله الزركشي .

ثم إن لم يسلم . . فالعين باقية في يده على الأمانة ، وإن سلم . . ضمن
جميع القيمة على الأظهر إذا تلف المبيع ، فإن كان باقياً . . وجب استرجاعه .

قال الإسنوي : ولو عبر بقوله : (ولا يباع) . . كان أعم ؛ ليدخل الراهن
والمرتهن .

قوله : (فإن زاد راغب قبل انقضاء الخيار . . فليفسخ وليبعه) أي : سواء
كان خيار المجلس أو خيار الشرط .

وقوله : (فليفسخ) ليس بجيد ؛ لأن الأصح : أن للعدل أن يبيع للراغب

وَمُؤْنَةُ الْمَرْهُونِ عَلَى الرَّاهِنِ ، وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ عَلَى الصَّحِيحِ .

بالزيادة من غير فسخ ، والمقصود : أنه لا يفسخ بمجرد الزيادة ، بل يجب على العدل إما البيع وإما الفسخ ، فإن لم يفعل . . انفسخ على الصحيح .

فعلى هذا : لو رجع الراغب عن الزيادة . . فلا بد من بيع جديد ، وقيل : يَتَبَيَّنُ بقاء البيع ؛ فلو لم يعلم بالزيادة حتى انقضى الخيار وَتَبَيَّنَ أنها كانت مستقرة . . قال السبكي : الأقرب عندي : أنه يتبين انفساخ العقد .

قوله : (ومؤنة المرهون على الراهن) لقوله صلى الله عليه وسلم : « الظَّهْرُ يُرَكَّبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا ، وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا » . رواه البخاري^(١) .

والمؤنة شاملة : لنفقة العبد ، وكسوته ، وعلف الدابة ، وسقي الأشجار ، ومؤنة الجداد ، وتجفيف الثمار ، وأجرة المكان ، وأجرة رد الأبق وما أشبهه .

قوله : (ويجبر عليها لحق المرتهن على الصحيح) أي : من غير الرهن ؛ استبقاء لوثيقة الرهن ، والثاني : لا يجبر ، بل يبيع القاضي عند امتناعه جزءاً من المرهون بحسب الحاجة .

وعلى هذا : قال الإمام : لو استغرقت المؤنة الرهن قبل الأجل . . فيباع ويجعل ثمنه رهناً ، وعلى الأصح : لو لم يكن للراهن مال أو كان غائباً ؛ فإن كانت المؤنة للحفظ والتجفيف ونحوه . . باع الحاكم جزءاً من المرهون ، وإن كانت للطعم . . قال الرافعي : يشبه أن يقال : حكمها كما لو

(١) صحيح البخاري (٢٥١٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَلَا يُمْنَعُ الرَّاهِنُ مِنْ مَصْلَحَةِ الْمَرْهُونِ ؛ كَفَصْدِ وَحِجَامَةٍ .
وَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ ، وَلَا يَسْقُطُ بِتَلْفِهِ شَيْءٌ مِنْ دَيْنِهِ .

هرب الجمال ، أو عجز^(١) .

ولو كان للمرهون كسب أو منفعة يفي بنفخته . . لم يبع ، وأنفق عليه من ذلك .

تنبيه : قال الإسنوي : قول المصنف : (ويجبر عليها) حشو يوهم أن الإيجاب متفق عليه ، وأن الخلاف إنما هو في الإيجاب ، وليس كذلك ، ولو حذف (الواو) من (ويجبر) . . زال الإيهام .

قال الزركشي : الخلاف في أنها من مال الراهن أو من عين الرهن ، ولا خلاف في الإيجاب ، قال : ولو قال : (ويجبر عليها من غير المرهون على الصحيح) . . لاستقام ، وقال : إثبات (الواو) يتعين لِيُنَبِّهَ على أن الكلام في الأول بالاتفاق ، وفي الثاني على الأصح .

قوله : (ولا يمنع الراهن من مصلحة المرهون ؛ كفصد وحجامة) أي : وختان ، فإنه يحفظ به ملكه ، ومثله المعالجة بالأدوية ولا يجب عليه ذلك ، قال في « المطلب » : كذا قالوه هنا ، وهو محمول على أنه لا يجب من خالص ماله ، بل من غير المرهون ببيع جزء منه لأجلها ؛ ولهذا أجرى المتولي الوجهين في المداواة ، حكاه الزركشي .

قوله : (وهو أمانة في يد المرتهن ، ولا يسقط بتلفه شيء من دينه) لقوله صلى الله عليه وسلم : « لَا يَغْلُقُ الرَّهْنُ ، لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ » . رواه

(١) نهاية المطلب (٢٥٦/٦) ، الشرح الكبير (٦٠٥/٤) ، وفيه : (أو عجز عن الإنفاق عليها) .

وَحُكْمُ فَاسِدِ الْعُقُودِ حُكْمُ صَحِيحِهَا فِي الضَّمَانِ .

الدارقطني عن أبي هريرة وابن حبان والحاكم ، وقال : على شرط الشيخين ، وفي رواية له : « الرَّهْنُ لِمَنْ رَهْنَهُ ، لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ »^(١) .

وذكر أبو عبيد لقوله : « لَا يَغْلُقُ الرَّهْنُ » تأويلين ؛ أحدهما : لا يملكه المرتهن عند تأخر الحق ، والثاني : لا يكون غلقاً يتلف الحق بتلفه ، فوجب حمله عليهما جميعاً^(٢) .

والغلق : ضد الفك ، تقول : غلق يغلق على وزن شرب يشرب .

وقوله : (ولا يسقط) لو عطفه بـ (الفاء) .. كان أحسن ؛ ليفيد ثبوت الأمانة مطلقاً ، وكون عدم السقوط مسبباً عنها^(٣) .

قوله : (وحكم فاسد العقود حكم صحيحها في الضمان) أي : ما اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم ؛ كالبيع والقرض والعمل في القراض والإجارة .. اقتضى فاسده أيضاً الضمان ؛ لأنه أولى بذلك ، فالصحيح فيه المسمى ، وفي الفاسد عوض المثل ، قاله الزركشي .

وما لا يقتضي صحيحه الضمان بعد التسليم ؛ كالرهن والعين المستأجرة والهبة .. لا يقتضيه أيضاً فاسده .

ويستثنى منه : مسائل طرداً وعكساً^(٤) .

(١) سنن الدارقطني (ص : ٦٢٥) ، صحيح ابن حبان (٥٩٣٤) ، المستدرک (٥١/٢) ، والرواية الثانية أخرجه البيهقي في « الكبير » (١١٣٢٩) عن سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى رسلاً ، ولفظه : « الرَّهْنُ لِمَنْ رَهْنَهُ » .

(٢) غريب الحديث لأبي عبيد القاسم بن سلام (١١٤/٢) .

(٣) عبارة « النجم الوهاج » (٣٢٩/٤) : (ويسبب عدم السقوط عنها) .

(٤) راجعها في « النجم الوهاج » (٣٢٩/٤) و« عمدة المحتاج » (١٩٢/٧) .

وَلَوْ شَرَطَ كَوْنُ الْمَرْهُونِ مَبِيعاً لَهُ عِنْدَ الْحُلُولِ . . فَسَدَا .
وَهُوَ قَبْلَ الْمَحِلِّ أَمَانَةٌ ، وَيُصَدَّقُ الْمُزْتَهَنُ فِي دَعْوَى التَّلْفِ بِيَمِينِهِ ، . .

قوله : (ولو شرط كون المرهون مبيعاً له عند الحلول . . فسادا) يعني :
الرهن والبيع ، أما الرهن . . فلتأقيته ؛ لأنهما شرطاً ارتفاعه بالحلول ، وأما
البيع . . فلتعليقه ، ولو شرط كونه مبيعاً منه بعد شهر . . فكذاك .

وقوله : (ولو شرط) يخرج به : ما إذا قال : رهنتك ، وإذا لم أقضك
حقك عند الحلول . . فهو مبيع منك ، فإن البيع يفسد ؛ لتأقيته ، وأما الرهن . .
فقال السبكي : يظهر صحته ، وكلام الروياني يقتضيه^(١) ، قال في
« التحرير » : وكذا إذا لم يأت بذلك على سبيل الشرط ، بل رهنه رهنأ صحيحاً
وأقبضه ثم قال له : إذا حل الأجل . . فهو مبيع منك بكذا ، وقيل ، فالبيع
باطل ، والرهن صحيح بحاله^(٢) .

قوله : (وهو قبل المحل أمانة) أي : في هذه الصورة ؛ لأنه مقبوض على
حكم الرهن الفاسد ، وبعده ؛ أي : بعد المحل مضمون ؛ لأنه مقبوض على
حكم البيع الفاسد ، وهذا نتيجة القاعدة المتقدمة .

قوله : (ويصدق المرتهن في دعوى التلف بيمينه) أي : إذا لم يذكر سبباً
أو ذكر سبباً خفياً ، فإن ذكر ظاهراً . . فعلى التفصيل في المودع^(٣) ، قال
الزركشي : أشار إليه الشافعي في « المختصر » ، ونبه عليه الرافعي في آخر
المسألة^(٤) ، ولا يلزمه شيء ؛ لأنه أمين .

(١) بحر المذهب (٣٢٣/٥) .

(٢) تحرير الفتاوى (٨٤٦/١) .

(٣) أي : الآتي في آخر (كتاب الوديعة) عند قول المتن : (وإن ادعى تلفها ولم يذكر سبباً . . .)
إلخ .

(٤) مختصر المزني (ص : ١٤٥) ، الشرح الكبير (٥٠٩/٤) .

وَلَا يُصَدَّقُ فِي الرَّدِّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ .

وَلَوْ وَطِئَ الْمُرْتَهَنُ الْمَرْهُونَةَ بِلَا شُبْهَةٍ . . فزَانِ ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ : جَهْلْتُ تَحْرِيمَهُ إِلَّا أَنْ يَقْرُبَ إِسْلَامُهُ ، أَوْ يَنْشَأَ بِبَادِيَةٍ بَعِيدَةٍ عَنِ الْعُلَمَاءِ .

قوله : (ولا يصدق في الرد عند الأكثرين) لأنه قبض لغرض نفسه فأشبهه المستعير ، وقيل : يصدق ؛ لأنه أمين كالمودع .

ولو ادعى المرتهن الرد على رسول الراهن . . لم يصدق في الأصح ، ولو ادعى وارث المرتهن الرد . . لم يقبل قطعاً .

فرع : قال القاضي حسين : كل من جعلنا القول قوله في الرد . . فمؤنة الرد على المالك .

قوله : (ولو وطئ المرتهن المرهونة بلا شبهة . . فزَانِ) أي : يترتب عليه أحكام الزنا كلها ؛ كوجوب الحد ، وانتفاء النسب ، وأما المهر . . فيجب في المكرهة ، ولا يجب في المطاوعة ، ولا يكون الرهن شبهة .

واحترز بقوله : (بلا شبهة) : عما إذا ظنها زوجته أو أمته .

وكان الصواب : أن يقول : (لكان زانياً) لأن (لو) تجاب بـ (اللام) لا بـ (الفاء) ، لكنه يتخرج على حذف المبتدأ ؛ أي : فهو زان ؛ لأن الجواب لا يكون إلا جملة ، أو تكون (لو) بمنزلة (إن) و (إن) تجاب بـ (الفاء) ، قاله الزركشي .

قوله : (ولا يقبل قوله : جهلت تحريمه ، إلا أن يقرب إسلامه ، أو ينشأ ببادية بعيدة عن العلماء) لأنه قد يخفى عليهما ، بخلاف غيرهما ، وقيل : يقبل وإن كان حاضراً قديماً الإسلام ، حكاه في « الاستذكار » ، وهو القياس ؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهة ، ويكفي دعواه الحل شبهة ، قاله الزركشي .

وَإِنْ وَطِئَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ . . قَبْلَ دَعْوَاهُ جَهْلَ التَّحْرِيمِ فِي الْأَصَحِّ ؛ فَلَا حَدَّ ، وَيَجِبُ الْمَهْرُ إِنْ أَكْرَهَهَا ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلرَّاهِنِ .

قوله : (وَإِنْ وَطِئَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ . . قبل دعواه جهل التحريم في الأصح ؛ فلا حد) لأن التحريم بعد الإذن لَمَّا خفي على عطاء بن أبي رباح رحمه الله مع أنه من علماء التابعين^(١) . . لا يبعد خفاؤه على العوام ، والثاني : لا يقبل ويحد ، إلا أن يكون قريب الإسلام .

أما إذا علم التحريم . . فيلزمه الحد على الصحيح ، وقيل : لا ؛ لشبهة مذهب عطاء رحمه الله ؛ فإنه نقل عنه أنه كان يجيز إعارة الجواري والوطء بإذن المالك ، قال السبكي : وتبعد صحته عن عطاء .

قال الزركشي : سكتا عن الراهن - يعني : الرافعي والنووي - وفي « البحر » : إن أذن الراهن للمرتهن في الوطء . . فقد أساء ويؤدب^(٢) .

قوله : (ويجب المهر إن أكرهها ، والولد حر نسيب ، وعليه قيمته للراهن) فرع المصنف على قبول دعواه فروعاً :
أحدها : عدم الحد .

وثانيها : المهر ، فإن وطئها مطاوعة . . لم يجب ؛ لانضمام إذن المستحق إلى طواعيتها ، وإن وطئها مكرهة . . وجب ؛ لأن وجوب المهر حيث لا يجب الحد حق للشرع ، فلا يسقط بالإذن ؛ كما في المفوضة ، وفي قول : لا يجب ؛ لأن مستحق المهر قد أذن ، فأشبه ما لو زنت الحرة .

(١) وما نقل عنه مكذوب عليه عند البعض ، وشاذ خارق للإجماع عند الآخرين . راجع « تحفة المحتاج » (٧٥ / ٥) و (١٥٢ / ٥) و « نهاية المطلب » (٤٥٠ / ٥) و (١٢٣ / ٦) ، و « البدر المنير » (١٣٧ / ٥) .

(٢) بحر المذهب (٢٢٦ / ٥) .

وَلَوْ أُتْلِفَ الْمَرْهُونُ ، وَقُبِضَ بَدْلُهُ . . . صَارَ رَهْنًا ،

والخلاف في المكرهة ، صرح به في « المحرر » لكنه جعله وجهين^(١) ،
والجاهلة والنائمة كالمكرهة .

وثالثها : الحكم بكون الولد حرّاً نسيباً ؛ أي : لاحقاً بالواطء ، وفي
وجوب قيمته طريقان ؛ أحدهما : أنه على القولين في المهر ، وأصحهما :
القطع بالوجوب .

قال في « التحرير » : كان ينبغي أن يقول : (فيجب) بـ (الفاء) ؛ ليفيد
أنّ وجوب المهر مفرع على عدم الحد ، أما إذا حد . . . فيترتب عليه حكم الزنا
في عدم المهر وما بعده من الفروع^(٢) .

وقال الزركشي : حكى الرافعي فيما إذا لم يأذن وجهاً بعدم ثبوت النسب
والحرية ، قال : وهو جار هنا ، والخلاف مأخوذ من الجارية المشتركة ،
وقال : قالوا هنا : لا تصير أم ولد له في الحال ، وكذا لو ملكها بعده في
الأظهر^(٣) .

وذكرا في (باب أمهات الأولاد) : أن من استولد أمة الغير بشبهة ثم
ملكها ؛ إن وطئها بظن أنها زوجته المملوكة . . فالولد رقيق ، ولا يثبت
الاستيلاد ، أو بظن أنها زوجته الحرة . . فالولد حر ، وفي ثبوت الاستيلاد
قولان ، ويجريان في غير ذلك من أنواع الشبهة^(٤) .

قوله : (ولو أتلّف المرهون وقبض بدله . . صار رهناً) لقيامه مقامه ،

(١) المحرر (١/٥٦٣) .

(٢) تحرير الفتاوى (١/٨٤٦) .

(٣) الشرح الكبير (٤/٥١١-٥١٢) ، روضة الطالبين (٣/٣٣٩) .

(٤) الشرح الكبير (١٣/٥٨٩) ، روضة الطالبين (٨/٥٥٣) .

وَالْخَصْمُ فِي الْبَدَلِ الرَّاهِنُ ، فَإِنْ لَمْ يُخَاصِمْ . . لَمْ يُخَاصِمِ الْمُرْتَهِنُ فِي الْأَصَحِّ .

ويجعل في يد من كان الأصل في يده ، قال الماوردي : وكذلك يتولى قبضه ، وذكر أيضاً : أنه إذا قطع الجاني ذكر العبد المرهون ، وزادت قيمته بذلك . . فإنه يجب عليه كمال قيمته ، ويختص بها الراهن ؛ لأن حق المرتهن فيما يقابل النقص^(١) .

وقوله : (وقبض) يقتضي : أنه لا يكون رهناً قبل قبضه ، والراجع : خلافه ؛ إذ يحتمل في الدوام ما لا يحتمل في الابتداء .

وقوله : (صار رهناً) يقتضي : أنه لا يحتاج إلى إنشاء رهن ، وقال ابن الرفعة : إنه ظاهر كلام الأصحاب ، وحكى الرافعي فيه وجهين في (كتاب الوقف) فيما إذا تلف الموقوف وأخذ بدله^(٢) .

قوله : (والخصم في البدل الراهن) لأنه المالك ، ويدخل الولي والوصي ، وإذا خاصم . . فللمرتهن أن يحضر خصومته ؛ لتعلق حقه بما يأخذه ، فإن نكل الراهن . . فهل يحلف المرتهن ؟ فيه قولان ؛ كغرماء المفلس إذا نكل .

ويُرد عليه الرهن المعار ؛ فإن الخصم فيه المعير ، قاله الزركشي .

قوله : (فإن لم يخاصم . . لم يخاصم المرتهن في الأصح) أي : المنصوص ؛ لأنه غير مالك ، والثاني : يخاصم ؛ توصلًا إلى ثبوت حقه ؛ كما له مطالبة الراهن إذا كان هو الجاني ، واختاره السبكي .

(١) الحاوي الكبير (٣٢٦ / ٧) .

(٢) كفاية النبيه (٤٥٢ / ٩) ، الشرح الكبير (٢٩٥ / ٦) .

فَلَوْ وَجَبَ قِصَاصٌ .. اقْتَصَّ الرَّاهِنُ وَفَاتَ الرَّهْنُ ، فَإِنْ وَجَبَ الْمَالُ بِعَفْوِهِ أَوْ بِجُنَايَةِ خَطَاٍ .. لَمْ يَصِحَّ عَفْوُهُ عَنْهُ ،

ومحله : إذا امتنع الراهن ، فإن لم يمتنع .. فهو المخاصم ، لم يصرحوا فيه بخلاف ، قاله السبكي ، والخلاف في « الشرحين » و« الروضة » قولان^(١) .

والمستأجر إذا غصب العين كالمرتهن ، أما إذا جنى عليها .. فلا يخاصم المستأجر جزماً ؛ لأنه لا حق له في البدل .

قوله : (فلو وجب قصاص .. اقتص الراهن وفات الرهن) إذا كانت الجناية على نفس المرهون توجب القصاص .. فالسيد مخير بين القصاص والعفو ، فإذا اقتص .. بطل الرهن ؛ لفوات العين وبدلها ، فإن كانت على طرفه فاقصص .. بقي الرهن في الباقي .

قوله : (فإن وجب المال بعفوه أو بجناية خطأ .. لم يصح عفوه عنه) أي : عفو الراهن ؛ لتعلق حق المرتهن به ، وفي قول : ينفذ إذا انفك الرهن .

ولو وجب المال بجناية عمد على نفس أو طرف ؛ لكون الجاني حرّاً أو أبا ، أو على طرف لا يتأتى فيه القصاص .. كان حكمه كذلك .

فلو حذف المصنف قوله : (بعفوه أو بجناية خطأ) .. كان أخصر وأعم .

ولو عفا على أن لا مال .. صح على الأصح ، ولو لم يقبض ولم يعف ..

(١) الشرح الكبير (٥١٣/٤) ، روضة الطالبين (٣٤٠/٣) ، قال الدميري في « النجم الوهاج » (٣٣٤/٤) : (فكان الصواب : التعبير بالأظهر) ، وقال ابن الملقن في « عمدة المحتاج » (١٩٧/٧) : (واعلم : أن حكاية المصنف الخلاف وجهين تبع فيه « المحرر » [٥٦٤/١] والذي في « الشرحين » و« الروضة » : قولين ، نعم ؛ حكاها الرافعي وجهين في الباب الثالث من « الإجارة » [١٧٢/٦] .

وَلَا إِبْرَاءُ الْمُرْتَهَنِ الْجَانِي .

وَلَا يَسْرِي الرُّهْنُ إِلَى زِيَادَةِ مُنْفَصِلَةٍ ؛ كَثْمَرَةٍ وَوَلَدٍ ، فَلَوْ رَهَنَ حَامِلًا وَحَلَّ
الْأَجَلَ وَهِيَ حَامِلٌ . . . بِيَعْتُ ، وَإِنْ وَلَدَتْهُ . . . بِيَعُ مَعَهَا فِي الْأَظْهَرِ ،

رجح من « زوائده » : عدم الإيجابار^(١) .

قوله : (ولا إبراء المرتهن الجاني) لأنه غير مالك ، فإن فعل . . لم يبطل
به حقه من الوثيقة في الأصح ، قال السبكي : الظاهر : أن عفو المرتهن عن
جناية العمد قبل العفو ؛ كإبرائه من المال حتى يجري الخلاف في سقوط حقه
من الوثيقة .

وقال الزركشي : ولا يصح إبراء الراهن من طريق أولى ؛ لأنه رهن على
وجه ، أو متعلق حق المرتهن على الآخر .

قوله : (ولا يسري الرهن إلى زيادة منفصلة ؛ كثمر وولد) أي : وما في
معناه ؛ كاللبن والصوف ومهر الجارية ؛ لحديث البخاري^(٢) ، وقياساً على
الكسب والإجارة .

والمراد بالولد : الذي حدث حمله بعد الرهن وانفصل قبل البيع ، أما
المتصلة ؛ كالسمن والتعليم . . فكالأصل .

قوله : (فلو رهن حاملاً وحل الأجل وهي حامل . . بيعت) أي : إذا
احتيج لبيعها ؛ لأننا إن قلنا : إن الحمل يعلم . . فكأنه رهنهما ، وإلا . . فقد
رهنها موصوفة بالحمل .

قوله : (وإن ولدته . . بيع معها في الأظهر) بناء على أن الحمل يعلم ،

(١) روضة الطالبين (٣ / ٣٤٠) ، وراجع « تحرير الفتاوي » (١ / ٨٤٧ - ٨٤٨) .

(٢) صحيح البخاري (٢٥١٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَأِنْ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ الْبَيْعِ دُونَ الرَّهْنِ . . فَالْوَلَدُ لَيْسَ بِرَهْنٍ فِي الْأَظْهَرِ .

والثاني : لا ؛ بناء على أنه لا يعلم ، فهو كالحادث ، ونسب الإمام والماوردي الاستتباع إلى القديم ، ومقابله إلى الجديد^(١) .

وقضيته : أنه لا يباع معها في الجديد ، ويؤيده ما قاله الرافعي وغيره فيما إذا رهن أمة ، ثم اعترف بعد القبض أنه كان وطئها ، وأتت بولد لمدة الإمكان : إنه لا حق للمرتهن في الولد^(٢) ، وإنما يتجه إذا قلنا : الحمل لا يدخل في الرهن ، قاله الزركشي .

قوله : (وإن كانت حاملاً عند البيع دون الرهن . . فالولد ليس برهن في الأظهر) بناء على أن الحمل يعلم ، والثاني : أنه كزيادة متصلة ، فلا يمنع من بيعها .

وعلى الأول : لا تباع حتى تضع ؛ لأن استثناء الحمل لا يمكن ، ولا سبيل إلى بيعها حاملاً وتوزيع الثمن ؛ لأن الحمل لا تعرف قيمته ، كذا أطلقه الرافعي ، وفي « الأم » : لو سأل الراهن أن تباع ويسلم الثمن كله للمرتهن . . كان له ذلك^(٣) .

وأفهم قوله : (دون الرهن) أن الاعتبار في المقارنة بحالة الرهن وهو الصحيح ، وقيل : بالقبض^(٤) .

(١) نهاية المطلب (٢٤٨/٦) ، الحاوي الكبير (١٤٩/٧) .

(٢) الشرح الكبير (٥٣٩/٤) .

(٣) الشرح الكبير (٥١٥/٤) ، الأم (٣٠١/٤) ، وراجع « مغني المحتاج » (٨٥/٣) .

(٤) أي : بحالة القبض . راجع « الشرح الكبير » (٥١٦/٤) ، و« نهاية المطلب » (٢٥١/٦) .

فصل

جَنَى الْمَرْهُونُ . . قُدِّمَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ ، فَإِنْ اقْتَصَرَ أَوْ بَاعَ لَهُ . . بَطَلَ
الرَّهْنُ ،

(فصل)

[في جناية الرهن]

(جنى المرهون) أي : جناية تتعلق برقبته (. . قدم المجني عليه) أي :
على المرتهن ؛ لأن حقه متعين في الرقبة ، وحق المرتهن متعلق بذمة الراهن
وبالرقبة .

ومحل ذلك : إذا لم يأمر السيد العبد بالجناية ، فإن أمره بها ، وكان
لا يميز أو أعجمياً يعتقد وجوب طاعته . . فالجاني هو السيد حتى يجب عليه
القصاص أو الدية ، ولا يتعلق برقبة العبد شيء على الأصح .

قوله : (فإن اقتصر أو بيع له . . بطل الرهن) يعني : أنه لا يبطل بمجرد
الجناية ، بل بما ذكر ، حتى إذا سقط حق المجني عليه بعفو أو فداء . . بقي حق
المرتهن .

ولو اقتصر في الطرف . . فالرهن بحاله ، فإن كان الأرض لا يستغرق . . بيع
بقدره ، وإلا . . بيع الجميع ، وما فضل عن حق المجني عليه من ثمنه . . يتعلق
حق المرتهن به .

وقوله : (بطل) يؤخذ منه : أنه لو عاد إلى ملك الراهن . . لم يعد رهناً إلا
بعقد جديد ، وهو كذلك .

ويستثنى من القصاص : ما لو اقتصر منه بجناية جناها في يد غاصب . . فإن
القيمة حينئذ تلزم الغاصب ، فيكون رهناً ، لكنه يدخل في قوله أولاً :

وَلَوْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ فَاقْتَصَّ . . بَطَلَ ، وَإِنْ عُفِيَ عَلَى مَالٍ . . لَمْ يَثْبُتْ عَلَى الصَّحِيحِ فَيَبْقَى رَهْنًا .

(ولو أُلِفَ المرهون^(١) وقبض بدله . . صار رهناً) .

ويستثنى من البيع : ما إذا بيع الجاني في يد الغاصب لأجل حق المجني عليه ، ورجع بالقيمة على الغاصب . . فإنها تكون رهناً .

ولا يبطل الرهن في الصورتين ، قاله الزركشي .

قوله : (ولو^(٢) جنى على سيده فاقترض . . بطل) أي : إذا كانت الجناية موجبة لقصاص النفس ، وفي قصاص الطرف يبقى رهناً .

و (التاء) في (اقتصر) مفتوحة على عود الضمير إلى المستحق ؛ ليشمل السيد والوارث ، والإمام عند فقدهما .

قوله : (وإن عفي على مال . . لم يثبت على الصحيح فيبقى رهناً) أي : لازماً لا يباع في الجناية ، وكذا إذا كانت الجناية على طرف السيد خطأ ؛ لأن السيد لا يثبت له على عبده مال ، والثاني : يثبت ويتوصل به إلى فك الرهن .

قال السبكي : وينبغي أن يقرأ (عفي) بضم العين ؛ ليشمل ما إذا كانت الجناية على نفس السيد وعفى الوارث ، وما إذا كانت على طرفه أو نفس من يستحق القصاص له فعفى .

والصحيح في الكل واحد ، لكن الخلاف في عفو السيد منصوص ومخرَّجٌ

(١) وفي (أ) و(ب) : (مرهون) والمثبت مما سبق في المتن .

(٢) كذا في (أ) و(ب) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (وإن) بدل (ولو) ، وفي « المحرر » (٥٦٦/١) : (ولو) .

وَأِنْ قَتَلَ مَرْهُوناً لِسَيِّدِهِ عِنْدَ آخِرِ فَاقْتَصَصَ . . بَطَلَ الرَّهْنَانِ .
وَأِنْ وَجَبَ مَالٌ . . تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ مُرْتَهِنِ الْقَتِيلِ فَبَيْعٌ وَثَمَنُهُ رَهْنٌ ، وَقِيلَ :
يَصِيرُ رَهْنًا ،

ضعيف ، وفي عفو الوارث قولان ، قال الزركشي : كان ينبغي التعبير بالأظهر^(١) .

قوله : (وإن قتل مرهوناً لسيده عند آخر فاققص . . بطل الرهنان) أي :
وإن قتل المرهون عبد السيد مرهوناً عند آخر فاققص السيد . . بطل الرهنان ؛
لفواتهما .

قوله : (وإن وجب مال . . تعلق به حق مرتهن القتل) أي : سواء وجب
بعفوه أو بجناية الخطأ ، وإنما وجب المال وإن كان للسيد على عبده ؛ لأجل
تعلق حق الغير ، ولو عفا على غير مال . . صح .

قوله : (فبيع وثمنه رهن) لأن حق مرتهن القتل في مالية العبد القاتل ،
لا في عينه .

ويؤخذ من قوله : (وثمنه رهن) أنه لا يحتاج إلى إنشاء رهن ، وهو
كذلك .

قوله : (وقيل : يصير رهناً) لأنه لا فائدة في البيع .

وعبارته تقتضي : انتقال الرهن إليه من غير إنشاء ، واستبعده السبكي ،
وقال الإسنوي : كلام الرافعي صريح أو كالصريح في توقف الرهن على وجود
نقل يتفقان عليه ، وعبر الرافعي والمصنف في « الروضة » عن هذا الوجه : بأن
القاتل ينقل إلى يد مرتهن القتل ، قال : والوجهان إنما يظهران إذا طلب

(١) وراجع « النجم الوهاج » (٤ / ٣٣٧) .

فَإِنْ كَانَا مَرْهُونَيْنِ عِنْدَ شَخْصٍ بَدَيْنِ وَاحِدٍ . . . نَقَصَتِ الْوَثِيقَةُ ، أَوْ بَدَيْنَيْنِ وَفِي نَقْلِ الْوَثِيقَةِ غَرَضٌ . . . نَقَلْتُ .

الراهن النقل وطلب مرتهن القتل البيع ، أما إذا طلب الراهن البيع ومرتهن القتل النقل . . فالمجاب الراهن ؛ لأنه لا حق للآخر في عينه .

ولو اتفق الراهن والمرتهنان على أحد الطريقتين . . فهو المسلوب لا محالة^(١) .

قوله : (فَإِنْ كَانَا مَرْهُونَيْنِ عِنْدَ شَخْصٍ بَدَيْنِ وَاحِدٍ . . . نَقَصَتِ الْوَثِيقَةُ) أي : والجناية هدر ؛ كما لو مات أحدهما .

و (نَقَصَتْ) بفتح النون وبالصاد المهملة .

وقوله : (عِنْدَ شَخْصٍ) ليس بقيد ، فإنه لو رهنهما عند شريكين أو شركاء على دين واحد . . فالحكم كذلك ، قاله الزركشي .

قوله : (أَوْ بَدَيْنَيْنِ وَفِي نَقْلِ الْوَثِيقَةِ غَرَضٌ . . . نَقَلْتُ) أي : كما إذا اختلف الدينان في الحلول والتأجيل أو في قدر الأجل . . فله التوثق لدين القتل بالقاتل ؛ لأنه إن كان الحال دين المقتول . . ففائدته : الاستيفاء من ثمنه في الحال ، وإن كان دين القاتل . . ففائدته : تحصيل الوثيقة بالمؤجل ، والمطالبة بالحال^(٢) .

وكذا إن اتفقا في الحلول والتأجيل ، واختلف قدر الدينين فقط ، والمقتول مرهون بأكثرهما .

(١) الشرح الكبير (٥٢٠ / ٤) ، روضة الطالبين (٣٤٤ / ٣) .

(٢) وفي (أ) : (فِي الْحَالِ) ، وعبارة « تحفة المحتاج » (١٦٤ / ٥) : (وَالْمَطَالِبَةُ حَالاً بِالْحَالِ) .

وَلَوْ تَلَفَ الْمَرْهُونُ بِآفَةٍ . . بَطَلَ .

وَيَنْفَكُ بِفَسْخِ الْمُرْتَهَنِ وَبِالْبَرَاءَةِ مِنَ الدَّيْنِ ، فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ . . لَمْ يَنْفَكْ شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ .

أما إذا كان المقتول مرهوناً بالأكثر وقيمته أقل ، أو اختلفت قيمة العبدین فقط ، وقيمة القاتل أكثر . . نقل منه قدر قيمة القتل إلى دين القتل ، وبقي الباقي رهناً كما كان .

والمراد بالنقل : أن يباع وثمنه رهن على الأصح .

قوله : (ولو تلف المرهون بآفة) أي : كالموت (. . بطل) أي : الرهن ؛ لفواته ، وهذا إذا لم يكن مغضوباً ؛ فإن الغصب مضمون على الغاصب ، فتؤخذ منه القيمة ، ويجعل رهناً .

والتقييد بالآفة يَرُدُّ عليه : ما لو أذن المرتهن للراهن بضرب المرهون ، فتلف منه . . انفسخ الرهن ، نص عليه في « الأم »^(١) ، حكاه الزركشي .

قوله : (وينفك بفسخ المرتهن) لأنه جائز من جهته .

قوله : (وبالبراءة من الدين) أي : سواء كان بإبراء أو قضاء أو اعتياض أو إقالة عن سبب الدين المرهون به .

ولو اعتاض فتلفت العين قبل التسليم . . بطل الاعتياض ، ويعود الرهن ؛ كما عاد الدين ، قاله في « التتمة » .

قوله : (فإن بقي شيء منه . . لم ينفك شيء من الرهن) للإجماع ؛ كما نقله ابن المنذر^(٢) .

(١) الأم (٢٩٩/٤) .

(٢) الإجماع (ص : ٨٤) .

وَلَوْ رَهَنَ نِصْفَ عَبْدٍ بِدَيْنٍ وَنِصْفَهُ بِآخَرَ فَبَرِيءٌ مِنْ أَحَدِهِمَا . . انْفَكَ قَسْطُهُ ، وَلَوْ رَهَنَاهُ فَبَرِيءٌ أَحَدُهُمَا . . انْفَكَ نَصِيْبُهُ .

فصل

اختلفا في الرهن أو قدره . . صدق الراهن بيمينه إن كان رهن تبرع ، . .

قوله : (ولو رهن نصف عبد بدین ونصفه بآخر) أي : في صفقة أخرى (فبرئ من أحدهما . . انفك قسطه) لتعدد الصفقة بتعدد العقد .

والمراد : إذا قصد أداءه عن نصف أحدهما ، فلو قصد الشئوع من غير تخصيص بعين . . لم ينفك من الرهن شيء ؛ فلو رهنه مئة شاة بمئة درهم على أن كل شاة في مقابلة درهم ، فدفع درهماً . . قال في « البحر » : فإن دفع عن شاة بعينها . . أخذها ، وإن قال : دفعت عن الجملة . . خرج عشر كل شاة من الرهن ، وقيل : متى تفاوتت القيم . . فليس له أخذ شيء من الرهن ، وإن تساوت . . أخذ أيها شاء^(١) ، حكاه الزركشي .

قوله : (ولو رهنه) أي : صفقة واحدة (فبرئ أحدهما . . انفك نصيبه) أي : وإن كان المرتهن واحداً ؛ لأن الصفقة تتعدد بتعدد العاقد .

ولو رهنه من اثنين فبرئ من دين أحدهما . . انفك قسطه ، وقيل : إن اتحدت جهة الدينين ؛ كما إذا أتلف عليهما مالا أو ابتاع منهما شيئاً . . فلا ينفك حتى يبرأ من الكل ، وهو ضعيف .

(فصل)

[في الاختلاف في الرهن وما يتبعه]

(اختلفا في الرهن أو قدره . . صدق الراهن بيمينه إن كان رهن تبرع) أي :

(١) بحر المذهب (٢٠٢/٥) .

وَأِنْ شُرْطَ فِي بَيْعٍ . . تَحَالَفًا .

وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُمَا رَهْنَاهُ عَبْدُهُمَا بِمِثَّةٍ

ليس بمشروط في بيع ؛ لأن الأصل يعضده ، وكذا لو اختلفا في تعيين المرهون ، أو قدر الدين المرهون به .

فقوله : (في الرهن) أي : في أصله ؛ بأن يقول : رهنتني كذا ، فيقول : ما رهنتك شيئاً ، والقدر ؛ كما إذا قال : رهنتني هذين العبدین ، فقال : بل أحدهما .

ولو قال : (صدق المالك) . . لكان أحسن ؛ لأن منكر الرهن ليس براهن .

قوله : (وإن شرط في بيع . . تحالفاً) قال الرافعي : كما في سائر كيفيات البيع إذا وقع فيه الاختلاف^(١) .

قال السبكي : ولك أن تقول : إن اتفقا على البيع بشرط الرهن واختلفا في الوفاء به ، فادعاه المرتهن وأنكر الراهن ؛ ليأخذ الرهن ويتوصل به إلى أن يفسخ المرتهن البيع . . فينبغي أن يكون القول قول الراهن ، وليس اختلافاً في كيفية البيع .

وإن اختلفا كيف صدر البيع . . فالتحالف صحيح .

ويمكن أن يصور : إذا قال المرتهن : رهنتني مشروطاً في البيع ، وقال الراهن : ما رهنتك ، وفرعنا على أنه بمجرد شرطه في البيع يصير رهناً ، وحينئذ يرجع إلى الاختلاف في كيفية البيع أيضاً .

قوله : (ولو ادعى أنهما رهناه عبدهما بمئة) أي : وأقبضاه ؛ إذ الرهن

(١) الشرح الكبير (٥٢٩ / ٤) .

وَصَدَقَهُ أَحَدُهُمَا . . فَنَصِيبُ الْمُصَدَّقِ رَهْنٌ بِخَمْسِينَ ، وَالْقَوْلُ فِي نَصِيبِ
الثَّانِي قَوْلُهُ بِيَمِينِهِ ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُصَدَّقِ عَلَيْهِ .

وَلَوْ اِخْتَلَفَا فِي قَبْضِهِ ؛ فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ ، أَوْ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَقَالَ
الرَّاهِنُ : (غَصَبْتُهُ) . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ، وَكَذَا إِنْ قَالَ : (أَقْبَضْتُهُ عَنْ جِهَةِ
أُخْرَى فِي الْأَصَحِّ) .

لا يلزم إلا بالقبض (وصدقه أحدهما . . فنصيب المصدق رهن بخمسين ،
والقول في نصيب الثاني قوله بيمينه) أي : بناء على أن القول قول الراهن .
(وتقبل شهادة المصدق عليه) أي : على الثاني المكذب ، فإن شهد معه
آخر ، أو حلف المدعي . . ثبت رهن الجميع .

ولو زعم كل منهما أنه لم يرهن ، وأن شريكه رهن وشهد عليه . . قبلت
شهادتهما في الأصح ؛ لأنهما ربما نسيا ، قال الإمام البلقيني : محل ذلك :
ما إذا لم يصرح المدعي بظلمهما بالإنكار بلا تأويل ، فإن صرح بذلك . . لم
تقبل شهادتهما له ؛ لأنه ظهر منه ما يقتضي تفسيقهما .

قوله : (ولو اختلفا في قبضه ؛ فإن كان في يد الراهن ، أو في يد
المرتهن ، وقال الراهن : غصبته . . صدق بيمينه) لأن الأصل : عدم اللزوم
وعدم الإذن في القبض .

ولو قال الراهن : أذنت ولكن رجعت قبل قبضك ، فقال المرتهن : لم
ترجع . . فالقول قول المرتهن .

واحترز بتصويره إنكار الراهن : عن إنكار المرتهن ؛ فإن كان الرهن
مشروطاً في بيع . . فالقول قول المرتهن ؛ لإنكاره لزوم البيع ، قاله الزركشي .

قوله : (وكذا إن قال : أقبضته عن جهة أخرى في الأصح) أي :

وَلَوْ أَقْرَبَقْبُضِهِ ثُمَّ قَالَ : (لَمْ يَكُنْ إِقْرَارِي عَنْ حَقِيقَةٍ) . . فَلَهُ تَحْلِيفُهُ ،
وَقِيلَ : لَا يُحْلَفُ إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ لِإِقْرَارِهِ تَأْوِيلًا ؛ كَقَوْلِهِ : (أَشْهَدْتُ عَلَى رَسْمِ
الْقَبَالَةِ) .

وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا : (جَنَى الْمَرْهُونُ) ،

المنصوص ؛ كالأجارة ، والإعارة ، والإيداع لما سبق^(١) ، والثاني : يصدق
المرتهن ؛ لأنهما اتفقا على قبض مأذون فيه ، وأراد الراهن أن يصرفه إلى جهة
أخرى ، والظاهر : خلافه .

قوله : (ولو أقر بقضه ، ثم قال : لم يكن إقرارى عن حقيقة . . فله
تحليفه) يعني : إذا قامت البينة على الراهن بإقراره بالإقباض ، فقال : لم يكن
إقرارى عن حقيقة ، وطلب يمين المرتهن أنه قبض . . فله تحليفه على الأصح
وإن لم يذكر لإقراره تأويلاً لإمكان ما ادعاه .

قوله : (وقيل : لا يحلفه إلا أن يذكر لإقراره تأويلاً ؛ كقوله : أشهدت
على رسم القبالة) أي : وما في معناه ؛ بأن يقول : كنت أقبضته بالقول ،
وظننت أنه يكفي قبضاً .

أما إذا شهد الشهود على نفس القبض . . فليس له التحليف بحال ، وكذا لو
شهدوا على إقراره ، فقال : ما أقررت ؛ لأنه تكذيب للشهود .

والرسم : الكتابة ، و(القبالة) بفتح القاف وبالباء الموحدة ، هي :
الورقة التي يكتب فيها الحق المقر به ؛ أي : أشهدت على الكتابة الواقعة في
الوثيقة ؛ لكي آخذ بعد ذلك .

قوله : (ولو قال أحدهما) أي : بعد لزوم الرهن (جنى المرهون ،

(١) لأن الأصل : عدم اللزوم وعدم الإذن في القبض .

وَأَنْكَرَ الْآخَرَ . . . صُدِّقَ الْمُنْكَرُ بِيَمِينِهِ .

وَلَوْ قَالَ الرَّاهِنُ : (جَنَى قَبْلَ الْقَبْضِ) . . . فَلَا ظَهْرُ : تَصْدِيقُ الْمُرْتَهِنِ
بِيَمِينِهِ فِي إِنْكَارِهِ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ . . . غَرِمَ الرَّاهِنُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ،

وَأَنْكَرَ الْآخَرَ . . . صدق المنكر بيمينه) لأن الأصل : عدم الجناية .

قوله : (ولو قال الراهن : جنى قبل القبض . . . فلا ظهر : تصديق المرتهن
بيمينه في إنكاره) يعني : إذا أقر الراهن قبل القبض أنه أتلف مالا ، أو جنى
جناية توجب المال ، وكذبه المرتهن . . . فالقول قول المرتهن ، ويحلف على
نفي العلم بالجناية ؛ لأن الراهن قد يواطئ مدعي الجناية ؛ لغرض إبطال
الرهن ، والثاني : يصدق الراهن ؛ لأنه أقر في ملكه بما يضره ، وقدمه
الشافعي في « الأم » و « المختصر »^(١) وهو يقتضي ترجيحه ، قاله الزركشي .

والقولان فيما إذا عين الراهن المجني عليه وصدقه ، فإن لم يعينه ، أو عينه
ولم يصدقه . . . فالرهن بحاله ، ودعوى الراهن زوال الملك ؛ كدعوى
الجناية .

وقوله : (قبل القبض) أي : سواء أكان بعد الرهن أم قبله .

قوله : (والأصح : أنه إذا حلف) أي : المرتهن (. . . غرم الراهن
للمجني عليه) أي : كما لو قتله ؛ لأنه حال بينه وبين حقه ، والثاني : لا ؛
لأنه أقر في رقبة العبد بما لم يقبل إقراره فكأنه لم يقر ، والخلاف قولان ؛
كالقولين فيمن أقر بالدار لزيد ثم لعمر ، هل يغرم لعمر ؟

ويعبر عنهما بقولي الغرم للحيلولة ؛ لأنه بإقراره الأول حال بينه وبين من
اعترف باستحقاقه ثانياً ، وهنا حال بين المجني عليه والجاني برهنه إياه .

(١) الأم (٣٢٦/٤) ، مختصر المزني (ص : ١٣٨) .

وَأَنَّهُ يَغْرَمُ الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ وَأَرْشِ الْجَنَايَةِ ، وَأَنَّهُ لَوْ نَكَلَ الْمُرْتَهِنُ . . رُدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، لَا عَلَى الرَّاهِنِ .

فَإِذَا حَلَفَ . . بَيْعَ فِي الْجَنَايَةِ .

قوله : (وأنه يغرم الأقل من قيمة العبد وأرش الجناية) الخلاف طريقان ، والمذهب : القطع بما ذكر ؛ كأم الولد لامتناع البيع ، بخلاف القن ، وقيل : قولان ؛ أظهرهما : هذا ، وثانيهما : الأرش بالغاً ما بلغ .

قوله : (وأنه لو نكل المرتهن . . ردت اليمين على المجني عليه ، لا على الراهن) لأن الحق المقر به له ، والثاني : على الراهن ؛ لأنه المالك ، والخصومة بينه وبين المرتهن ، والخلاف فيه قولان على الصحيح ، ففي الثلاث مخالفة لاصطلاحه^(١) .

قوله : (فإذا حلف) أي : المردود عليه منهما (. . بيع في الجناية) أي : كله إذا استغرق الواجب قيمته ؛ لثبوتها باليمين المردودة ، ولا خيار للمرتهن في فسخ البيع المشروط فيه ؛ لأنه المفوت بنكوله .

وإن لم يستغرق الواجب قيمته . . بيع منه بقدر الأرش ، ولا يكون باقيه رهنأ على الأصح ؛ لأن اليمين المردودة كالبينة ، أو كالإقرار بأنه كان جانباً في الابتداء فلا يصح رهن شيء منه .

(١) قال في « عمدة المحتاج » (٢١٣/٧) : (واعلم : أن تعبير المصنف بـ « الأصح » في هذه المسائل الثلاث مخالف لتعبيره في « الروضة » تبعاً لـ « الشرحين » فإنه قال في الأولى : « غرم على أظهر القولين » وفي الثانية : « الأكثرون على القطع بأنه يغرم الأقل ، وقيل : قولان » وقال في الثالثة : « قولان ، ويقال : وجهان » ، والرافعي في « المحرر » عبر فيها بـ « الأصح » أيضاً ، لكنه لم يخص ذلك بالوجه . راجع « روضة الطالبين » (٣/٣٥٥-٣٥٦) ، و« الشرح الكبير » (٤/٥٣٦-٥٣٧) ، و« المحرر » (١/٥٦٩) .

وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِ الْمَرْهُونِ ، فَبِيعَ وَرَجَعَ عَنِ الْإِذْنِ وَقَالَ : (رَجَعْتُ قَبْلَ
الْبَيْعِ) ، وَقَالَ الرَّاهِنُ : (بَعْدَهُ) .. فَلَأَصَحَّ : تَصْدِيقُ الْمُرْتَهِنِ .
وَمَنْ عَلَيْهِ أَلْفَانِ بِأَحَدِهِمَا رَهْنٌ فَأَدَّى أَلْفًا وَقَالَ : (أَدَيْتُهُ عَنْ أَلْفِ
الرَّهْنِ) .. صُدِّقَ ،

قوله : (ولو أذن في بيع المرهون ، فبيع ورجع عن الإذن وقال : رجعت
قبل البيع ، وقال الراهن : بعده .. فلأصح : تصديق المرتهن) يعني : إذا
أذن المرتهن في بيع الرهن ، وباع الراهن ، فقال المرتهن : رجعت قبل
البيع .. فالقول قوله ؛ لأن الأصل : استمرار الرهن ، والثاني : قول الراهن ؛
ليقوى جانبه بالإذن .

قال الزركشي : لا يختص هذا بالبيع ، بل كل تصرف أذن فيه ثم رجع
واختلفا فيه .. فكذاك ، ولو أنكر الراهن أصل الرجوع .. فالقول قوله مع
يمينه .

قوله : (ومن عليه ألفان بأحدهما رهن فأدى ألفاً وقال : أديته عن ألف
الرهن .. صدق) أي : باليمين ، سواء اختلفا في اللفظ بذلك أو في نيته ،
وكذا لو كان بأحدهما كفيل ، أو كان أحدهما حالاً أو ثمن مبيع وهو محبوس
به ، والآخر ألف خال عن ذلك .

وحكى العبادي عن القديم^(١) : أن القول في تعيين الجهة قول القابض .

قال الزركشي : فلو كان أحدهما مؤجلاً برهن والآخر حال ، وقال :
أقبضته عن المؤجل ، فانفك الرهن .. لا يصدق ، بل هو مجبر على أداء
الحال ، ويبقى المؤجل بالوثيقة .

(١) وفي (أ) : (وحكى العبادي عن القديم) .

وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا . . جَعَلَهُ عَمَّا شَاءَ ، وَقِيلَ : يُقَسَّطُ .

فصل

مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ . . تَعَلَّقَ بِتَرْكِهِ

قوله : (وإن لم ينو شيئاً) أي : حالة الدفع (. . جعله عما شاء) كما لو طلق إحدى المرأتين (وقيل : يقسط) أي : يوزع على الدَّيْنَيْنِ ؛ إذ ليس أحدهما أولى من الآخر ، وتردّد الصيدلاني أنه على قدر الدينين أو بالسوية .

(فصل)

[في تعلق الدين بالتركة]

(من مات وعليه دين . . تعلق بتركته) مراعاة للميت ؛ لتبرأ ذمته ، ثم إذا وفّت التركة بالدين . . لا تكون نفسه مرتهنة به ، قال الماوردي : لأنه عليه الصلاة والسلام مات ودرعه مرهونة عند يهودي^(١) .

وفي الحديث : « نَفْسُ الْعَبْدِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ »^(٢) .

وفي « المهمات » عن الماوردي : هو محمول على من مات ولم يترك وفاء^(٣) .

قال السبكي : فإذا كانت تركة ، أو ضامن . . تعلق الدين به وقرب فكاهه ، وإنما تكون نفس الميت مرتهنة بدينه إذا فرط في قضائه أو استدانه في معصية ، أما من استدان في مباح لحاجة بنية الأداء ، وتعذر عليه الوفاء من غير تقصير

(١) أخرجه البخاري (٢٠٦٩) ، ومسلم (١٦٠٣) عن أنس بن مالك رضي الله عنه ، وراجع « الحاوي الكبير » (٥٤ / ٧) .

(٢) أخرجه ابن حبان (٣٠٦١) ، والترمذي (١٠٧٨) ، وابن ماجه (٢٤١٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) المهمات (٣٢٠ / ٥) .

تَعَلَّقَ الْمَرْهُونُ ، وَفِي قَوْلٍ : كَتَعَلَّقَ الْأَرْضُ بِالْجَانِي .
فَعَلَى الْأَظْهَرِ : يَسْتَوِي الدَّيْنُ الْمُسْتَغْرَقُ وَغَيْرُهُ فِي الْأَصَحِّ .

حتى مات . . فإن نفسه لا تكون مرتبهة بذلك الدين ؛ لأنه غير ظالم به ،
وارتهان نفسه عقوبة لا يكون من غير ذنب .

قوله : (تعلق المرهون)^(١) أي : فيمتنع تصرف الوارث جزماً ، لكن
الدين المرهون به لا بد أن يكون معلوماً ، واغتفرت الجهالة هنا ؛ للحاجة ،
قاله الزركشي .

قوله : (وفي قول : كتعلق الأرض بالجانبي) لأن كلاً منهما يثبت بغير رضا
المالك ، وقيل : كحجر المفلس ، واختاره الإمام وابن الرفعة^(٢) .

قوله : (فعلى الأظهر : يستوي الدين المستغرق وغيره في الأصح) توفية
بقاعدة الرهن ، والثاني : إن كان الدين أقل . . تعلق بقدره من التركة ،
ولا يتعلق بجميعها ؛ لأن الحجر في مال كثير بشيء حقير بعيد .

وعلى هذا : ينفذ تصرف الوارث إلى ألا يبقى إلا قدر الدين .

قال الإسنوي : مقتضى كلامه تبعاً للرافعي^(٣) : أن هذا الخلاف لا يأتي إذا
فرعنا على أن التعلق كالجناية ، مع أنه يجري فيه أيضاً ، فالصواب : أن
يقول : فعلى القولين .

فرع : إذا أدى بعض الورثة بقسط ما ورث . . انفك نصيبه في الأظهر ،
فيستثنى من إلحاقه بالرهن ؛ لأنه إذا رهن ثم مات . . لا ينفك إلا بوفاء جميع

(١) كذا في (أ) و(ب) و«عمدة المحتاج» (٣١٦/٧) ، وفي «المنهاج» وسائر الشروح
المطبوعة : (تعلقه بالمرهون) .

(٢) نهاية المطلب (٢٩٩/٦) .

(٣) المحرر (٥٧١/١) .

وَلَوْ تَصَرَّفَ الْوَارِثُ وَلَا دَيْنَ ظَاهِرٌ ، فَظَهَرَ دَيْنٌ بَرْدٌ مَبِيعٌ بَعِيبٌ .
 فَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَتَبَيَّنُ فُسَادُ تَصَرُّفِهِ ، لَكِنْ إِنْ لَمْ يُقْضَ الدَّيْنُ . . فُسِخَ .
 وَلَا خِلَافَ أَنَّ لِلْوَارِثِ إِمْسَاكَ عَيْنِ التَّرَكَةِ وَقَضَاءَ الدَّيْنِ مِنْ مَالِهِ .

الدين في الأظهر ، قاله الزركشي .

قوله : (ولو تصرف الوارث ولا دين ظاهر ، فظهر دين برد مبيع بعيب . .
 فالأصح : أنه لا يتبين فساد تصرفه) لأنه كان جائزاً في الظاهر ، والثاني :
 يتبين فساده ؛ إلحاقاً لما ظهر بالدين المقارن ؛ لتقدم سببه .

ومثال تبين الدين المقارن : لو ظهر غريم بعد أن بيعت التركة وقسمت
 أثمانها . . فعلى القول بأنه حجر فلس : لا يتبين البطلان في الأصح ، وعلى
 القول بأنه حجر رهن أو جناية : يتبين البطلان في الأصح ، ورجح ابن الرفعة :
 عدم البطلان مع قوله بحجر الفلس .

قوله : (لكن إن لم يقض الدين . . فسخ) أي : تصرفه ؛ ليصل المستحق
 إلى حقه ، وقيل : لا يفسخ ، بل يجعل الوارث كالضامن .

و(يقض) بضم الياء ؛ كما قاله في « الدقائق » ليعم قضاء الوارث
 والأجنبي^(١) ، لكن لو قال : (إن لم يسقط الدين) . . لعم القضاء والإبراء
 وغيرهما .

قوله : (ولا خلاف أن للوارث إمساك عين التركة وقضاء الدين من ماله)
 لأن له غرضاً صحيحاً في ذلك ، ولا ضرر على الغرماء به ، فلو كان الدين أكثر
 من التركة فقال الوارث : آخذها بقيمتها ، والتمس الغرماء بيعها توقعاً لزيادة

(١) دقائق المنهاج (ص : ٩٢) .

وَالصَّحِيحُ : أَنَّ تَعْلُقَ الدَّيْنِ بِالتَّرَكَةِ لَا يَمْنَعُ الْإِرْثَ ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِزَوَائِدِ التَّرَكَةِ ؛ كَالْكَسْبِ وَالتَّنَاجِ .

راغب . . فالمجابه الوارث في الأصح ؛ لأن الظاهر : أنها لا تزيد على القيمة ، وللناس غرض في إخفاء تركات مورثهم .

قوله : (والصحيح : أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث) نص عليه الشافعي رضي الله عنه ، والثاني : يمنع ، نقله الإمام في (الشفعة) عن القديم^(١) ؛ لبقائها على ملك الميت^(٢) .

وعلى هذا ؛ هل يمنع إرث الجميع أم قدر الدين ؟ فيه وجهان ، وظهر أن الصواب : التعبير بالأظهر أو الجديد .

قوله : (فلا يتعلق بزوائد التركة ؛ كالكسب والتناج) لأنه تبع للملك ، وإن قلنا : إن الدين يمنع انتقالها . . تعلق بزوائدها ؛ لبقائها على ملك الميت .
وصحح الرافعي والنووي رحمهما الله في (النكاح) في الكلام على إجبار العبد : تعلق الدين بزوائد التركة^(٣) .

وكان الصواب في الترتيب : ذكر هذه المسألة في أول الفصل ؛ لأن جميع ما سبق إنما هو تفريع على أن الدين لا يمنع الانتقال^(٤) .

* * *

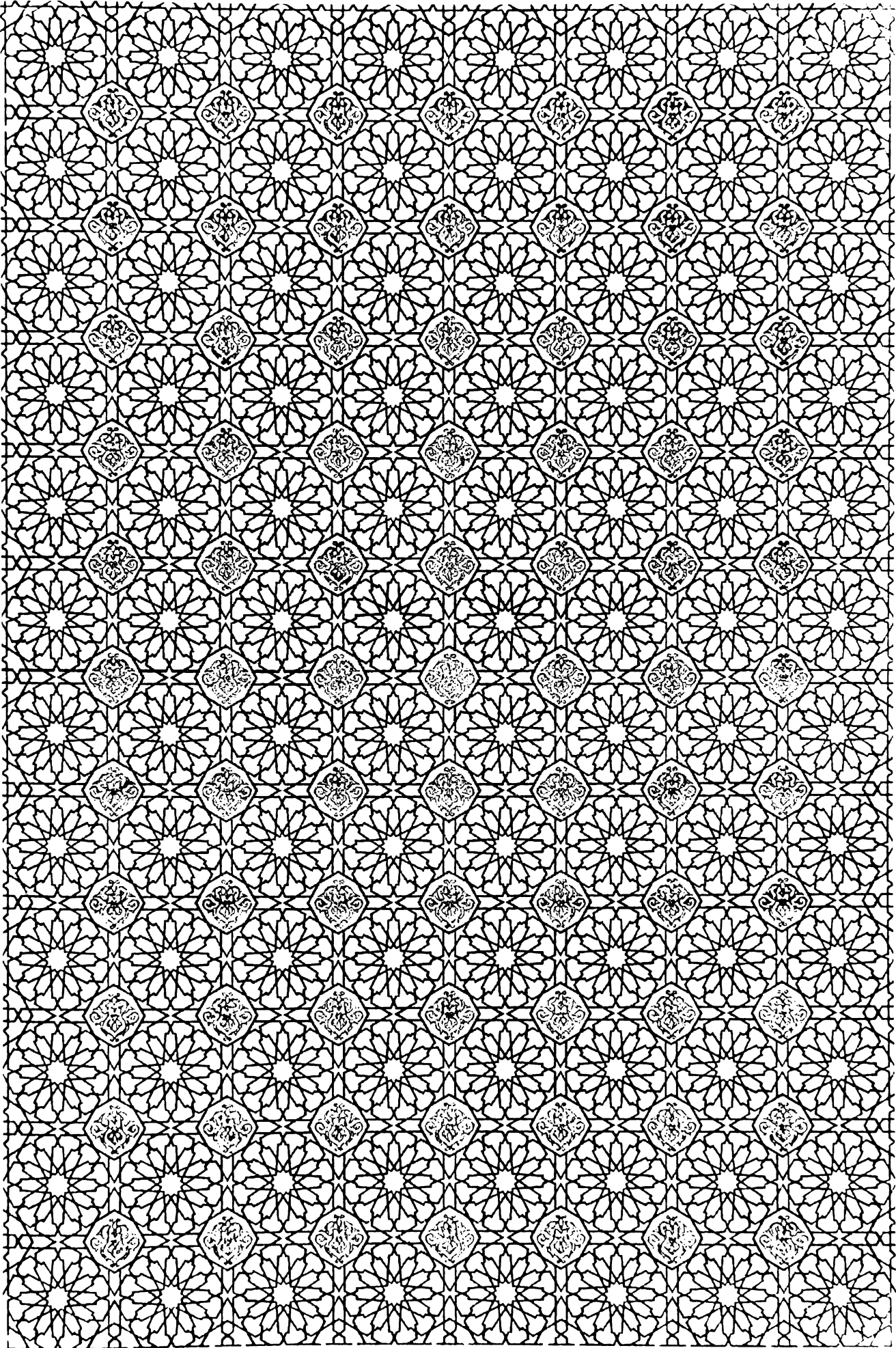
(١) الأم (٤٤٢/٩) ، نهاية المطلب (٤٣١/٧) .

(٢) قوله : (لبقائها على ملك الميت) غير موجود في (ب) ، وسائر الشروح المطبوعة ، وعللوا في بعضها لهذا الثاني بقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٌ ﴾ [النساء : ١١] ، فراجعها .

(٣) الشرح الكبير (٢٤/٨) ، روضة الطالبين (٤٤٤/٥) .

(٤) وفي (ب) زيادة : (اللهم صل على محمد وآله وأصحابه أجمعين) . وهنا ينتهي الجزء الأول من الكتاب من النسخة (ب) .

كتاب السلم



كِتَابُ التَّفْلِيسِ

مَنْ عَلَيْهِ دُيُونٌ حَالَةٌ زَائِدَةٌ عَلَى مَالِهِ . . يُحَجَرُ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ الْغُرَمَاءِ .

(كتاب التفليس)^(١)

التفليس شرعاً : حجر الحاكم على المديون بالشروط .

والمفلس لغة : من صار ماله فلوساً ، ثم كني به عن قلة المال أو عدمه ، ثم شبه به من حجر عليه .

والأصل فيه : ما أخرجه الشيخان عن أبي هريرة رضي الله عنه : أنه صلى الله عليه وسلم قال : « إِذَا أَفْلَسَ الرَّجُلُ فَوَجَدَ الْبَائِعُ سِلْعَتَهُ بِعَيْنِهَا . فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مِنَ الْغُرَمَاءِ » . واللفظ لمسلم^(٢) .

وروى الدارقطني والحاكم وصححه : أنه صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه^(٣) .

قوله : (من عليه ديون حالة زائدة على ماله . . يحجر عليه بسؤال الغرماء) للحديث .

والتقييد بزيادة الدين يقتضي : أن الحجر إنما يكون إذا ملك مالاً ، وقد قال الرافعي : يجوز أن يقال : لا حاجة إليه ، بل مجرد الدين يكفي لجواز الحجر ؛ منعاً له من التصرف فيما يحدث له باصطياد أو غيره ، فيفسر : بالذي

(١) وفي (ب) : (بسم الله الرحمن الرحيم ، صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً) .

(٢) صحيح البخاري (٢٤٠٢) ، صحيح مسلم (١٥٥٩) .

(٣) سنن الدارقطني (ص : ١٠٣٧) ، المستدرک (٥٨ / ٢) عن كعب بن مالك رضي الله عنه .

وَلَا حَجَرَ بِالْمُؤَجَّلِ .
وَإِذَا حُجِرَ بِحَالٍ . . لَمْ يَحِلَّ الْمُؤَجَّلُ فِي الْأَظْهَرِ .

ليس له مال يفي بديونه^(١) .

قال الزركشي : لا بد من تقييد الدين بالمستقر ؛ ليخرج نجوم الكتابة ، فلا يحجر على المكاتب بها ؛ لتمكنه عن إسقاطها ، قال : وينبغي أن يلحق بها ديون السيد^(٢) بالمعاملة ؛ لأن الأصح : سقوطها بتعجيزه نفسه .

والذي يحجر هو الحاكم ، قال الشافعي في (اختلاف العراقيين) من « الأم » : يقول : قد حجرتُ عليه حتى أقضي دينه وفلسته^(٣) ، حكاه الزركشي .

ويجب عليه ذلك عند وجود الشروط ؛ كما صرح به جماعة ، وجزم به في « الروضة »^(٤) .

وقوله : (بسؤال الغرماء) معناه : أو من يقوم مقامهم ؛ كأولياء المحجور عليهم ، بل يجوز الحجر لهم من غير طلب ، واحترز به : عن دين الغائبين .
قوله : (ولا حجر بالمؤجل) لأنه لا مطالبة به في الحال ، وقيل : يحجر به إذا قلنا : تحلّ ديونه بالإفلاس .

قوله : (وإذا حجر بحال . . لم يحل المؤجل في الأظهر) لأن ذمته باقية ، بخلاف الميت ، والثاني : يحل ؛ لأن الحجر يوجب تعلق الدين بالمال ، فيسقط الأجل كالموت ، ولا خلاف أنها لا تحل بالفلس من غير حجر .

(١) الشرح الكبير (٥ / ٥) ، وفيه : (فيفسر المفلس . . .) إلخ .

(٢) أي : ديون السيد على المكاتب .

(٣) الأم (٢٣٥ / ٨) .

(٤) روضة الطالبين (٣ / ٣٦٣) ، قاله في زوائده .

وَلَوْ كَانَتِ الدُّيُونُ بِقَدْرِ الْمَالِ ، فَإِنْ كَانَ كَسُوباً يُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ . . فَلَا حَجَرَ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَسُوباً وَكَانَتْ نَفَقَتُهُ مِنْ مَالِهِ . . فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ .

وَلَا يُحَجَرُ بِغَيْرِ طَلَبٍ ،

والأظهر : أن المؤجل لا يحل بالجنون ، خلافاً لما في « الروضة »^(١) ،
واتفقوا على الحلول بالموت .

قوله : (ولو كانت الديون بقدر المال ؛ فإن كان كسوباً ينفق من كسبه . .
فلا حجر) أي : قطعاً ؛ لعدم الحاجة إليه ، بل يلزمه الحاكم بقضاء الديون ،
فإن امتنع . . باع ماله أو أكرهه عليه .

فإن التمس الغرماء الحجر . . حجر في الأصح وإن زاد على دينه ؛ خشية
من إتلاف أمواله ، وهو وارد على ضابط الكتاب ، قاله الإسنوي .

قوله : (وإن لم يكن كسوباً وكانت نفقته من ماله . . فكذا في الأصح)
لتمكنهم من المطالبة في الحال ، والثاني : يحجر ؛ لئلا يضيع ماله في النفقة ،
قال الإمام : وهذا هو المختار عند الأئمة^(٢) .

قال السبكي : والوجهان إذا ساوى المال الدين ، فإن كان الدين أقل ،
وكان بحيث يغلب على الظن انتهاؤه بالنفقة إلى المساواة ثم إلى الزيادة . .
فالوجهان مرتبان وأولى بالمنع ، فإن لم يحصل هذا الظن . . فلا حجر قطعاً .

قوله : (ولا يحجر بغير طلب) أي : من الغرماء إذا كانوا رشداً ؛ لأنه
لمصلحتهم ومصلحة المفلس ، وهم ناظرون لأنفسهم ، بخلاف المحجور
عليهم ؛ كما تقدم^(٣) .

(١) روضة الطالبين (٣ / ٣٦٤) .

(٢) نهاية المطلب (٦ / ٣٠٤) .

(٣) أي : آنفاً في قول المتن : (بسؤال الغرماء) .

وَلَوْ طَلَبَ بَعْضُهُمْ وَدَيْنُهُ قَدَرٌ يُحْجَرُ بِهِ .. حُجِرَ ، وَإِلَّا .. فَلَا .
 وَيُحْجَرُ بِطَلَبِ الْمُفْلِسِ فِي الْأَصَحِّ ، وَإِذَا حُجِرَ .. تَعَلَّقَ حَقُّ الْغَرَمَاءِ
 بِمَالِهِ ،

قوله : (ولو طلب^(١) بعضهم) أي : بعض الغرماء (ودينه قدر يحجر
 به .. حجر) أي : قطعاً ، ثم لا يختص أثره بالطالب ، بل يعم الكل .

قوله : (وإلا .. فلا) أي : وإن لم يكن دين الطالب زائداً .. فلا حجر
 على الأصح وإن كان مال المديون ناقصاً عن جملة ديونه ؛ لأن دين الطالب
 يمكن وفاؤه بكماله ، فلا ضرورة به إلى طلب الحجر ، واختار الشيخ
 أبو محمد : أنه يحجر ، قال في « الروضة » : وهو قوي^(٢) .

قوله : (ويحجر بطلب المفلس في الأصح) لأن له غرضاً ظاهراً فيه ،
 والثاني : لا يحجر ؛ لأن الحرية والرشد ينافيان الحجر ، وإنما صرنا إليه
 بطلب الغرماء ؛ للضرورة ، واختاره السبكي ، قال : وصورة المسألة : حيث
 ثبت الدين بدعوى الغرماء وإقامتهم البينة ، أو إقراره ولم يطلبوا الحجر فطلبه
 هو .

قوله : (وإذا^(٣) حجر .. تعلق حق الغرماء بماله) أي : سواء كان ماله عيناً
 أو ديناً أو منفعة .

وفائده : أنه لا ينفذ تصرفه بما يضر الغرماء ، وأنه لا تزاحمهم الديون
 الحادثة .

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (فلو طلب) .

(٢) حكاة عنه الإمام في « نهاية المطلب » (٣٠٥ / ٦) ، روضة الطالبين (٣ / ٣٦٤) .

(٣) كذا في (أ) و (ب) ، وفي « المنهاج » وبعض الشروح المطبوعة : (فإذا) .

وَأَشْهَدَ عَلَى حَجْرِهِ لِيُحْذَرَ .

وَلَوْ بَاعَ أَوْ وَهَبَ أَوْ أَعْتَقَ . . فِي قَوْلٍ : يُوقَفُ تَصَرُّفُهُ ، فَإِنْ فَضَلَ ذَلِكَ عَنِ الدَّيْنِ . . نَفَذَ ، وَإِلَّا . . لَغَا ، وَالْأَظْهَرُ : بُطْلَانُهُ .

وقضيته : أنه لا يتعلق بماله قبل الحجر ، لكن كلام الشافعي في « الأم » يفهم : أنه إذا ثبت الحق بعد الاستعداد عليه . . امتنع عليه قضاء بعض الغرماء بمجرد ذلك ، قاله الزركشي .

ويحصل الحجر بقوله : حجرت عليه بالفلس ، فلو قال : وقفت ماله ، أو : منعته من التصرف . . فوجهان في « الكفاية »^(١) .

قوله : (وأشهد على حجره ليحذر) أي : استحباباً على الأصح ، وقيل : هو شرط لصحة الحجر .

ويستحب مع الإشهاد النداء عليه بالحجر ؛ ليشتهر .

قوله : (ولو باع أو وهب أو أعتق . . ففي قول : يوقف تصرفه ؛ فإن فضل ذلك عن الدين . . نفذ ، وإلا . . لغا) لأنه محجور عليه لحق الغرماء ، فلا يلغى تصرفه ؛ كالمريض ، وعلى هذا : لو جمع بين أنواع من التصرفات ، وضاق الفاضل عنها . . نقضنا من تصرفاته الأضعف فالأضعف ، فينقض الرهن ثم الهبة ثم البيع ثم الكتابة ثم الوقف ثم العتق .

قوله : (والأظهر : بطلانه) لتعلق حق الغرماء بالأعيان ؛ كالرهن .

ثم قيل : محل القولين : إذا اقتصر الحاكم على الحجر ولم يجعل ماله لغرمائه ؛ فإن فعل ذلك . . لم ينفذ تصرفه قطعاً ؛ لأن الشافعي قال : إذا جعل

(١) كفاية النبيه (٤٨٥ / ٩) .

وَلَوْ بَاعَ مَالَهُ لَغَرَمَائِهِ بِدَيْنِهِمْ . . بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ .

ماله لغرمائه . . فلا زكاة عليه^(١) ، والمشهور : طردهما في الحالين ، وتجب الزكاة على الأظهر ما دام ملكه باقياً ، والنص محمول على ما إذا باعه منهم .
وحكى الزركشي : أن الشيخ أبا حامد قال : الخلاف في الصحة ، أما التحريم . . فبلا خلاف ، ويجوز التدبير والوصية على القولين ؛ لتعلقهما بما بعد الموت .

قوله : (ولو باع ماله لغرمائه بدینهم . . بطل في الأصح) لاحتمال أن يكون له غريم آخر ؛ فلا يصح من غير مراجعة القاضي ، والثاني : يصح ؛ كبيع الرهن للمرتهن ، قال الزركشي : هو ظاهر نص « الأم »^(٢) ، وهما مفرعان على أن بيعه للأجنبي باطل ، فإن قلنا : يصح للأجنبي موقوفاً . . صح هنا جزماً .

وقول المصنف : (ماله) يقتضي : أن الخلاف في بيع الجميع ، وليس كذلك بل البعض كالكل ، فكان الأولى حذفه .

وقوله : (بدینهم) احترز به عما إذا باعه ببعض الدين أو بعين . . فإنه كالبيع من أجنبي ، قال الإسنوي : صورة المسألة : أن يكون دينهم من نوع واحد ، وباعهم بلفظ واحد ، فإن باعهم مرتباً . . فالبطلان واضح ، وإن وقع بلفظ واحد وتنوع ديونهم . . فهو كما لو كان لزيد عبد ولعمرو عبد فباعهما بثمان واحد ، والأظهر فيها : البطلان .

ولو كان له غريم واحد وباعه بدينه . . كان كبيع من الغرماء .

(١) الأم (٣/١٣١) .

(٢) الأم (٤/٤٣٥) .

فَلَوْ بَاعَ سَلَمًا أَوْ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ . . . فَالصَّحِيحُ : صِحَّتُهُ ، وَيُثْبِتُ فِي ذِمَّتِهِ .

وَيَصِحُّ نِكَاحُهُ وَخُلْعُهُ وَطَلَاقُهُ وَاقْتِصَاصُهُ وَإِسْقَاطُهُ .
وَلَوْ أَقْرَرَ بَعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ وَجَبَ قَبْلَ الْحَجْرِ . . . فَالْأَظْهَرُ : قَبُولُهُ فِي حَقِّ
الْغُرَمَاءِ ،

قوله : (فلو باع سلمًا أو اشترى في ذمته^(١)) . . . فالصحيح : صحته ،
ويثبت في ذمته (لأنه لا ضرر على الغرماء فيه ، والثاني : لا يصح ؛ كالسفيه .
والخلاف قولان ، وصرح القاضي حسين بطريقتين : المذهب : القطع
بالصحة .

والخلاف جار في البيع الوارد على الذمة وليس سلمًا ؛ بأن عقد بلفظ البيع
والقرض وإجارة الذمة ، فلو عبر بقوله : (ولو تصرف في ذمته) . . . كان
أولى .

قوله : (ويصح نكاحه) أي : بغير إذن (وخلعه وطلاقه واقتصاصه
وإسقاطه) وكذا استلحاق النسب ونفيه باللعان ؛ إذ لا تعلق لذلك بالمال .

ومقتضى إطلاقه : أنه لا فرق في الإسقاط بين أن يكون مجاناً أو على مال ،
وهو الأصح ، وصرح في « المحرر » بأنه لا يمنع من استيفاء القصاص^(٢) .

قوله : (ولو أقر بعين أو دين وجب قبل الحجر . . . فالأظهر : قبوله في حق
الغرماء) أي : سواء نسب الدين إلى معاملة أو إتلاف ؛ كالمريض ، ولأن
ضرره في حقه أكبر فلا يتهم .

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (في الذمة) .

(٢) المحرر (٥٧٦/١) .

وَلَوْ أَسْنَدَ وَجُوبُهُ إِلَى مَا بَعْدَ الْحَجْرِ بِمُعَامَلَةٍ أَوْ مُطْلَقًا . . لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّهِمْ ،
وَإِنْ قَالَ : عَنْ جِنَايَةٍ . . قُبِلَ فِي الْأَصَحِّ .

وعلى هذا : لو طلب الغرماء تحليفه . . لم يحلف ؛ لأن رجوعه غير مقبول ، وقيل : يحلف ويصح رجوعه .

والثاني : لا يقبل في حقهم ؛ لأنه ربما يواطئ المقر له .

وفائدة القبول في الدين : مزاحمة الغرماء ، وفي العين : تسليمها ، وجزم الرافعي بالقبول في حق نفسه ، وأنه يلزم به بعد فك الحجر^(١) .

قوله : (ولو أسند وجوبه إلى ما بعد الحجر بمعاملة أو مطلقاً . . لم يقبل في حقهم ، وإن قال : عن جناية . . قبل في الأصح) يعني : إذا أقر بدين . . لزمه بعد الحجر ؛ فإن قال : عن معاملة . . لم يقبل في حق الغرماء ؛ لتقصير الذي عامله ، وإن قال : عن إتلاف أو جناية . . فالمذهب : أنه كما قبل الحجر ، وقيل : كدين المعاملة بعده ، وإن أقر بدين ولم ينسبه . . قال الرافعي : فقياس المذهب : التنزيل على الأقل - وهو دين المعاملة - وجعله كإسناده إلى ما قبل الحجر ، قال المصنف : هذا ظاهر إن تعذرت مراجعة المقر ، فإن أمكنت . . فينبغي أن يراجع ؛ لأنه يقبل إقراره ، والله أعلم^(٢) .

وكان الأولى : تعبير المصنف بالمذهب ؛ كما في « الروضة » ، وعبرة « المحرر » أحسن ، وهي : (وإن أسند لزومه إلى ما بعد الحجر وقال : إنه عن معاملة أو أطلق . . لم يقبل في حقهم)^(٣) .

(١) الشرح الكبير (١٠/٥) . وفي (أ) : (وجزم به) .

(٢) الشرح الكبير (١٠/٥) ، روضة الطالبين (٣٦٨/٣) . وفي (أ) من قوله : (لزمه بعد الحجر . .) إلى قوله : (وإن أقر بدين) غير موجود .

(٣) روضة الطالبين (٣٢٩/٣) ، المحرر (٥٧٦/١) .

وَلَهُ أَنْ يَرُدَّ بِالْعَيْبِ مَا كَانَ اشْتَرَاهُ إِنْ كَانَتْ الْغِبْطَةُ فِي الرَّدِّ .
وَالْأَصَحُّ : تَعَدِّي الْحَجْرِ إِلَى مَا حَدَثَ بَعْدَهُ بِالْأَصْطِيَادِ ، وَالْوَصِيَّةُ ،
وَالشُّرَاءُ إِنْ صَحَّحْنَاهُ ،
.....

فقوله : (أطلق) معطوف على (أسند) ، وعبارة « المنهاج » توهم :
أنهما قسمان لما بعد الحجر ، وليس كذلك .

ولو قال : (ولو أطلق أو أسند وجوبه إلى معاملة بعد الحجر) .. لكان
أحسن من العبارتين ، قاله السبكي .

قوله : (وله أن يرد بالعيب ما كان اشتراه) أي : قبل الحجر (إن كانت
الغبطة في الرد) لأن الفسخ ليس تصرفاً مبتدأً ، وإنما هو من أحكام البيع
السابق ، والحجر لا ينعطف على ما مضى ، فإن كانت الغبطة في الإمساك ..
فليس له الرد .

ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس .. فالأصح : أن له^(١) الفسخ والإجارة
بالغبطة وبدونها .

وفهم من قوله : (وله أن يرد) أنه لا يجبر عليه ، وقد صرح به القاضي
حسين .

ولو منع من الرد عيب حادث .. لزم الأرش ، ولا يملك المفلس إسقاطه .
قوله : (والأصح : تعدي الحجر إلى ما حدث بعده بالاصطياد والوصية
والشراء إن صححناه) لأن مقصود الحجر : وصول الحق إلى المستحقين ،
وهذا لا يختص بالموجود عند الحجر ، والثاني : لا يتعدى ؛ كما أن الحجر
على الراهن لا يتعدى إلى غير العين المرهونة .

(١) وفي (ب) : (أنه له) .

وَأَنَّهُ لَيْسَ لِبَائِعِهِ أَنْ يَفْسَخَ وَيَتَعَلَّقَ بِعَيْنِ مَتَاعِهِ إِنْ عَلِمَ الْحَالَ ، وَإِنْ جَهَلَ . .
فَلَهُ ذَلِكَ ، وَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنِ التَّعَلُّقُ بِهَا . . لَا يُزَاحِمُ الْغُرْمَاءَ بِالثَّمَنِ .

وقيل : الوجهان فيما يملكه بالشراء ، وما عداه يتعدى إليه الحجر جزماً ،
وهي طريقة القاضي حسين ، وفي « الأم » : لو اتهب أباه أو وصّى له به . .
لا يتعدى إليه ، بل يعتق لا محالة^(١) ، حكاه الزركشي .

قوله : (وأنه ليس لبائعه أن يفسخ ويتعلق بعين متاعه إن علم الحال)
لدخوله على بصيرة (وإن جهل . . فله ذلك) لأن الإفلاس كالعيب ، فيفرق فيه
بين العلم والجهل ، وقيل : له التعلق مطلقاً ؛ لتعذر الوصول إلى الثمن ،
وقيل : لا مطلقاً ؛ لتقصيره بترك البحث .

وعبارة الكتاب و« المحرر » لا يفهم الخلاف في الجهل^(٢) .

قوله : (وأنه إذا لم يكن^(٣) التعلق بها . . لا يزاحم الغرماء بالثمن) لأنه
لو زاحمهم . . لحصل لهم الضرر فيلزم ألا يصح الشراء والتفريع على
صحته ، وقيل : يزاحمهم في جميع المال ؛ لأن الغرماء ملكوا المبيع في
مقابلة مزاحمته ، وقيل : في ثمن المبيع فقط ؛ لأن ما عداه كالمرهون
عندهم .

وعبارة « المحرر » : (وأنه إذا لم يكن له^(٤)) فحذفها المصنف

(١) الأم (٣٠٣/٩) .

(٢) المحرر (٥٧٦/١) .

(٣) وفي بعض الشروح المطبوعة : (لم يمكن) ، قال في « النجم الوهاج » (٣٦٤/٤) :
(وعبارة « المحرر » : « إذا لم يكن له » فحذف المصنف « له » اختصاراً فالتبس على بعض
النساخ فكتب « إذا لم يمكن » وفي كل منهما نقص وإيهام) ، وراجع « تحفة المحتاج »
(٢٢٢/٥) ، وهامش « المنهاج » المطبوع بدار المنهاج (ص : ٢٦١) .

(٤) المحرر (٥٧٦/١) .

فصل

يُبَادِرُ الْقَاضِي بَعْدَ الْحَجْرِ بَيْعَ مَالِهِ وَقَسْمِهِ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ ، وَيُقَدِّمُ مَا يُخَافُ
فَسَادُهُ ، ثُمَّ الْحَيَوَانَ ، ثُمَّ الْمَنْقُولَ ، ثُمَّ الْعَقَارَ .

اختصاراً ، ويصح عدم الإضرار على جعل (يكون) تامةً بمعنى (يثبت) .
وعلم من هذا : أنه لا يزاحم إذا قلنا : له التعلق .

(فصل)

[في بيع مال المفلس وقسمته وتوابعهما]

(يبادر القاضي بعد الحجر ببيع ماله وقسمته بين الغرماء) أي : استحباباً ؛
كما جزم به الرافعي حتى لا تطول مدة الحجر ، وعبرة « الوسيط » يشعر
بالوجوب^(١) .

ولا يفرط في الاستعجال ؛ كيلا يطمع فيه بضمن بخس ، ويخير في البيع
بنفسه وبنائبه وإذنه للمفلس .

ويجب عليه : أن يقسم على نسبة الديون ، والأصح : أنه يكتفي فيما يبيعه
باليد للمفلس ، قاله السبكي .

قوله : (ويقدم ما يخاف فساد ، ثم الحيوان ، ثم المنقول ، ثم العقار)
أي : إذا لم يتعلق بالعين حق ؛ كالمرهون والجاني ومال القراض ، فإن
تعلق . . قدم بيعه على ما لم يخف فساد ، حتى إذا فضل منها شيء . . ضم إلى

(١) الشرح الكبير (١٨/٥) ، الوسيط (٢٩٦/٢) ، وعبارته : (وللقاضي ذلك) ، وعبرة
« الوجير » (ص : ١٦٧) : (وعلى القاضي) كما بينه في « عمدة المحتاج »
(٢٤٢/٧) ، وقال ابن النقيب في « السراج » (٢٢٤/٣) : أن عبارتهما : (للقاضي) وأن
في « البسيط » : (أن ذلك مستحب) .

وَلْيَبِيعَ بِحَضْرَةِ الْمُفْلِسِ وَغُرْمَائِهِ كُلَّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ ، بِثَمَنِ مِثْلِهِ ، حَالاً ،
مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ .

ثُمَّ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ جِنْسِ النَّقْدِ وَلَمْ يَرْضَ الْغَرِيمُ إِلَّا بِجِنْسٍ حَقَّهُ .
اَشْتَرِي لَهُ ، وَإِنْ رَضِيَ . . جَازَ صَرَفُ النَّقْدِ إِلَيْهِ إِلَّا فِي السَّلَمِ .
وَلَا يُسَلِّمُ مَبِيعاً قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ .

سائر الأموال ، وإن بقي للمرتهن شيء . . ضارب به .

قوله : (وليبيع بحضرة المفلس وغرمائه) أي : استحباباً ؛ لأنه أطيب
لقلوبهم (كل شيء في سوقه) أي : استحباباً إذا لم يكن في نقله كبير^(١)
مؤنة ؛ لأن طالبه فيه أكثر ، فإن كانت . . استدعى الحاكم أهل السوق إليه .

قوله : (بثمان مثله ، حالاً ، من نقد البلد) أي : سواء أكانت الديون من
جنسه أم لا ، وهذه الثلاثة واجبة ؛ لأن التصرف لغيره^(٢) .

نعم ؛ لو رضي المفلس والغرماء بالبيع مؤجلاً أو بغير نقد البلد . . جاز ،
قاله المتولي ، فَيَرُدُّ عَلَى إِطْلَاقِهِ .

قوله : (ثم إن كان الدين غير جنس النقد ولم يرض الغريم إلا بجنس
حقه . . اشترى له ، وإن رضي . . جاز صرف النقد إليه إلا في السلم) لأنه
اعتياض ، والاعتياض ممتنع في السلم ، جائز في غيره .

قوله : (ولا يسلم مبيعاً قبل قبض ثمنه) لأنه أحوط للمفلس ، ولا يضر
بالمشتري ؛ لأنه بشرائه من الحاكم .

(١) وفي (ب) : (كثير) .

(٢) وراجع للفائدة عبارة « المحرر » (١ / ٥٧٨) .

وَمَا قَبْضَ . . قَسَمَهُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ إِلَّا أَنْ يَعْسُرَ لِقَلَّتِهِ فَيُؤَخَّرُ لِيَجْتَمَعَ .
وَلَا يُكَلَّفُونَ بَيِّنَةً بَأَنْ لَا غَرِيمَ غَيْرُهُمْ ،
.....

فرع : قال القاضي حسين والبغوي والرافعي : لو خالف الواجب وسلم قبل قبض الثمن . . ضمن^(١) .

قال السبكي : هذا في الوكيل والولي والوصي والعدل ، أما الحاكم . . فلم أر للأصحاب تصريحاً بحكمه ، وينبغي أن يقال : إذا اعتقد جوازه باجتهاد أو تقليد صحيح . . لا يضمن ؛ لأن خطأه غير مقطوع به ، وإن فعله جهلاً أو معتقداً تحريمه . . فينزل ويضمن .

وصحح الرافعي ضمان قيمة المبيع ، وقيل : الثمن ، وقال الإمام : أقل الأمرين^(٢) .

قوله : (وما قبض . . قسمه بين الغرماء إلا أن يعسر لقلته فيؤخر ليجتمع) أي : الأولى ذلك ، وإن امتنع الغرماء من التأخير . . ففي « النهاية » : أنه يجيبهم ، وذكر العراقيون مثله^(٣) .

قال السبكي : وهو الظاهر ، وقال الرافعي : الظاهر : خلافه ، ونص الشافعي على أن الغريم المطالب برهن أو أرش لا يؤخر ، حكاه الزركشي ، قال ابن الرفعة : ولو كان الغريم واحداً . . فكلما باع شيئاً سلم ثمنه إليه^(٤) .

قوله : (ولا يكلفون بينة بأن لا غريم غيرهم) لأن الحجر يشتهر ، فلو كان

(١) التهذيب (١٠٥ / ٤) ، الشرح الكبير (١٩ / ٥) .

(٢) الشرح الكبير (٢٦٧ / ٥) في (الوكالة) ، نهاية المطلب (٣٩٤ / ٦) .

(٣) نهاية المطلب (٣٩١ / ٦) .

(٤) الشرح الكبير (١٩ / ٥) ، كفاية النبيه (٥٠١ / ٩) .

فَلَوْ قَسَمَ فَظَهَرَ غَرِيمٌ . . شَارَكَ بِالْحِصَّةِ ، وَقِيلَ : تُنْقَضُ الْقِسْمَةُ .
وَلَوْ خَرَجَ شَيْءٌ بَاعَهُ قَبْلَ الْحَجْرِ مُسْتَحَقًّا وَالثَّمَنُ تَالِفٌ . . فَكَدَيْنِ ظَهَرَ ،

غريم . . لظهر ، وقال الإمام : يكلفون إذا كلفنا الورثة إقامة البينة على أن لا وارث غيرهم^(١) ، والأصح : الأول ، وهو المنصوص في « الأم » ، وهو ظاهر قول الجمهور .

قوله : (فلو قسم فظهر غريم . . شارك بالحصّة) أي : يرجع بها على الآخذين ولا تنقض القسمة ، قاله الزركشي ؛ لأن المقصود يحصل بذلك .

والظهور : انكشاف الأمر عمّا كان ثابتاً ، واحتراز به : عن حدوث الدين بعد القسمة ؛ فإنه لا أثر له إلا إذا كان سببه متقدماً أو جنائية .

قوله : (وقيل : تنقض القسمة) قاله بعض الأصحاب هنا ، وهو في التركة قول^(٢) .

قوله : (ولو خرج شيء باعه قبل الحجر مستحقاً والثلث تالف . . فكدين ظهر) لثبوته قبل الحجر .

واحتراز بقوله : (قبل الحجر) : عما إذا وقع ذلك في حال الحجر . . فإنه لا أثر له ؛ لأنه دين حادث لم يتقدم له سبب .

وبقوله : (والثلث تالف) : عما إذا كان الثلث باقياً . . فإنه يردّه .

ومقتضى كلامه : أنه لا فرق بين أن يكون التلف قبل الحجر أو بعده ، وهو كذلك ؛ لأنه إن تلف قبل الحجر . . فقد ترتب في ذمته إذ ذاك غرامته ، وإن تلف بعده . . فهو دين حادث تقدم سببه .

(١) نهاية المطلب (٣٩٢ / ٦) .

(٢) أي : لو قسمت التركة فظهر وارث . راجع « تحفة المحتاج » (٢٣٥ / ٥) .

وَإِنْ اسْتُحِقَّ شَيْءٌ بِاعِهِ الْحَاكِمُ . قُدِّمَ الْمُشْتَرِي بِالْثَمَنِ ، وَفِي قَوْلٍ : يُحَاصُّ الْغُرْمَاءَ .

وَيُنْفِقُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ حَتَّى يُقَسِّمَ مَالَهُ إِلَّا أَنْ يَسْتَغْنِيَ بِكَسْبٍ .

ولا معنى للكاف في قوله : (فكدين) .

قوله : (وإن استحق شيء بآعه الحاكم . . قدم المشتري بالثمن) لئلا يرغب الناس عن شراء مال المفلس ، فكان التقديم من مصالح الحجر (وفي قول : يحاص الغرماء) كسائر الديون ، ولا خلاف أن الحاكم لا يكون طريقاً في الضمان ، وكذا النائب عنه في الأصح .

قوله : (وينفق) أي : الحاكم (على من عليه نفقته حتى يقسم ماله) أي : وإن طال زمانه ، ولا يدفع إليه ذلك إلا يوماً بيوم ، قاله في « التتمة » و« البيان »^(١) .

وقوله : (على من عليه نفقته) يدخل فيه نفسه وأقاربه وزوجاته قبل الحجر وأمهات أولاده .

ولو عبر بـ (المؤن) . . لكان أشمل .

ونفقة الزوجة نفقة المعسرين ؛ كما قاله الإمام ، ومال إليه في « الروضة » ، وقال الروياني : نفقة الموسرين ، ومال إليه الرافعي^(٢) .

قوله : (إلا أن يستغني بكسب) أي : فلا ينفق عليه من مال بل من كسبه ،

(١) البيان (١٥١/٦) .

(٢) نهاية المطلب (٤٠٩/٦) ، روضة الطالبين (٣٨٠/٣) قاله في زوائده ، بحر المذهب (٣٧٤/٥) ، الشرح الكبير (٢٢/٥) .

وَيُبَاعُ مَسْكَنُهُ وَخَادِمُهُ فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ احتَاجَ إِلَى خَادِمٍ لِرِمَانَتِهِ
وَمَنْصِبِهِ .

وَيُتْرَكُ لَهُ دَسْتُ ثَوْبٍ يَلِيْقُ بِهِ ، وَهُوَ : قَمِيصٌ وَسَرَاوِيلٌ وَعِمَامَةٌ
وَمُكْعَبٌ ، وَيُزَادُ فِي الشَّتَاءِ جُبَّةٌ .

فإن فضل من الكسب شيء . . رده إلى المال ، وإن نقص . . كمل من المال .
وإن ترك الكسب لعدم من يستعمله . . فكغير المكتسب ، وإن وجد
فقصّر . . أطلق في « التتمة » : أنه إن كان له كسب لا ينفق من المال حتى
يكتسب ، واختاره السبكي .

قوله : (ويباع مسكنه وخادمه في الأصح وإن احتاج إلى خادمٍ لِرِمَانَتِهِ
ومنصبه) أي : لأن تحصيلهما بالكراء سهل ، فإن تعذر . . فعلى المسلمين ،
وهذا هو المنصوص ، وفي وجه مخرج : يبقيان للمحتاج إذا كانا لائقين به دون
النفيسين ، فلو عبر بـ (المنصوص) . . كان أولى .

قوله : (ويترك له دست ثوب يليق به ، وهو : قميص وسراويل وعمامة
ومكعب ، ويزاد في الشتاء : جبة) لأنه محتاج إليه ، ولا يؤجر غالباً .

قوله : (ويترك) أي : بأن يخلى إن كان في ماله ، ويشتري إن لم يكن ،
وكذا يكسب من تلزمه نفقته .

والمراد : ما يليق به في حال إفلاسه ، لا في بسطه وثروته ؛ فلو كان يلبس
قبل الإفلاس فوق ما يليق بمثله . . رددناه إلى اللائق بمثله ، وإن كان يلبس
دون اللائق تقتيراً . . لم يزد عليه .

ويجب للمرأة إذا أفلست أو وجبت نفقتها من مال المفلس : الإزار
والمقنعة وغيرهما مما يليق بها .

وَيُتْرَكُ قُوتُ يَوْمِ الْقِسْمَةِ لِمَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ .
وَلَيْسَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَنْ يَكْتَسِبَ أَوْ يُؤْجَرَ نَفْسَهُ لِبَقِيَّةِ الدِّينِ ،

ولا تترك له الفرش والبسط ، ويسامح باللُّبْدُ^(١) والحصص القليلة القيمة ،
ويترك له دُرَاعَةً^(٢) يلبسها فوق القميص إن كان ممن يليق به ، نص عليه ،
ولا يبقى رأس مال في الأصح .

وتبقى للفقير كتب العلم ، ذكره العبادي .
ولومات . . قُدِّمَ تكفينه ، وكذا عبده ، وكل من عليه نفقته .

والمكعب : المداس ، سمي به ؛ لأنه دون الكعبين .

قوله : (ويترك قوت يوم القسمة لمن عليه نفقته) عبارة « الروضة » : يترك
يوم القسمة له وللمن عليه نفقته - قال السبكي : والمراد : بليته ؛ لأنه موسر في
أوله وفيها - ولا يزداد على نفقة ذلك اليوم ، وذكر الغزالي : أنه يترك له سكنى
ذلك اليوم ، وقال الرافعي : إنه قياس الباب^(٣) .

قوله : (وليس عليه بعد القسمة أن يكتسب ، أو يؤجر نفسه لبقية الدين)
لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَتْ ذُوْعُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] .

وقال صلى الله عليه وسلم لغرماء معاذ : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ، وَلَيْسَ لَكُمْ
إِلَّا ذَلِكَ »^(٤) .

نعم ؛ إن وجب الدين بسبب هو عاص به ؛ كالإتلاف عمداً . . وجب عليه

(١) اللُّبْدُ : ضرب من البسط . المعجم الوسيط (ص : ٨١٢) .

(٢) الدَّرَاعَةُ : ثوب من صوف ، وجبة مشقوقة المقدم . المعجم الوسيط (ص : ٢٨٠) .

(٣) روضة الطالبين (٣ / ٣٨١) ، الشرح الكبير (٥ / ٢٣) .

(٤) أخرجه مسلم (١٥٥٦) ، وأبو داود (٣٤٦٩) ، والترمذي (٦٥٥) ، وابن ماجه

(٢٣٥٦) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

وَالْأَصَحُّ : وَجُوبُ إِجَارَةِ أُمِّ وَلَدِهِ وَالْأَرْضِ الْمَوْقُوفَةِ عَلَيْهِ .
وَإِذَا ادَّعَى أَنَّهُ مُعْسِرٌ ، أَوْ قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ غُرْمَائِهِ وَزَعَمَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ
وَأَنْكَرُوا ؛ فَإِنْ لَزِمَهُ الدَّيْنُ فِي مُعَامَلَةِ مَالٍ ؛ كَشْرَاءٍ أَوْ قَرْضٍ . . فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ ،

الاكتساب ؛ كما نقله ابن الصلاح عن الإمام أبي عبد الله محمد بن الفضل
الفراوي من أصحابنا ؛ لأن التوبة منه واجبة ، وأداؤه من جملة شروطها .
نازع في ذلك ابن العماد : بأن الأصحاب شرطوا رد الظلامة ، ولم يشرطوا
رد بدلها .

فرع : في وجوب قضاء دين المعسر على الإمام من مال المصالح وجهان
بلا ترجيح ، حكاه الزركشي .

قوله : (والأصح : وجوب إجارة أم ولده والأرض الموقوفة عليه) لأن
منافعهما كالأعيان ؛ ولهذا يضمنان بفواتهما في يد الغاصب ، بخلاف منافع
الحر ، والثاني : لا يجب ، ومال إليه الإمام ؛ لأن المنافع لا تعد أموالاً
حاصلة ، وهذا الترجيح للمصنف ، قاله الزركشي ^(١) .

فعلى الأول : يؤاجر مرة بعد أخرى إلى فناء الدين ؛ فإن المنافع لا نهاية
لها ، وهذا لا اختصاص له بالمحجور عليه ، بل في كل مديون ، قاله
السبكي .

قوله : (وإذا ادعى أنه معسر ، أو قسم ماله بين غرمائه ، وزعم أنه لا يملك
غيره وأنكروا ؛ فإن لزمه الدين في معاملة مال ؛ كشراء أو قرض . . فعليه
البينة) لأن الأصل : بقاء ما وقعت عليه المعاملة .

(١) نهاية المطلب (٤٠٨/٦) ، روضة الطالبين (٣٨٢/٣) ، الديباج في توضيح المنهاج
(٥٠٧/١) .

وَالْأَ . . . فَيُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ فِي الْأَصَحِّ .

وَتُسْمَعُ بَيْنَةُ الْإِعْسَارِ فِي الْحَالِ ، وَشَرْطُ شَاهِدِهِ : خِبْرَةُ بَاطِنِهِ ،

والمراد : البينة بالإعسار في الصورة الأولى ، وبأنه لا يملك غيره في الثانية ، قاله في « التحرير »^(١) .

قوله : (وإلا) أي : وإن لزمه بغير معاملة ؛ كالصداق والضمان والإتلافات (. . . فيصدق بيمينه في الأصح) لأنه خلق ولا مال له ، والأصل : بقاء ذلك ، والثالث : إن لزمه باختياره ؛ كالصداق والضمان . . فعليه البينة ، وإن لزمه لا باختياره ؛ كأرش الجناية وغرامة التلف . . قُبِلَ قوله بيمينه .

قال السبكي : واعلم : أنه متى عرف له مال . . لم تسمع دعواه الإعسار إلا ببينة ، سواء أثبت الدين بالاختيار أم بمعاوضة أم بغيرها ، وإنما الخلاف فيما عدا ذلك ، هذا هو المشهور ، وقيل : يقبل قوله في الإعسار وإن عرف له مال قبل ذلك ، فتصير الأوجه أربعة .

فرع : حلف ثم ظهر غريم آخر . . لم يحلف ثانياً ؛ لثبوت إعساره باليمين الأولى ، حكى الزركشي : أنه في « البيان » عن الصيمري^(٢) .

قوله : (وتسمع بينة الإعسار^(٣) في الحال) قياساً على غيرها ، وقال أبو حنيفة : لا تسمع إلا بعد مدة .

قوله : (وشرط شاهده : خبرة باطنه) أي : بطول الجوار وكثرة المخالطة ؛ لأن الأموال تخفى .

(١) تحرير الفتاوي (١٨ / ٢) .

(٢) « البيان » (١٣٩ / ٦) .

(٣) وفي « المنهاج » المطبوع : (وتقبل بينة الإعسار) .

وَلْيَقُلْ : هُوَ مُعْسِرٌ ، وَلَا يَمَحُضُ النَّفْيُ ؛ كَقَوْلِهِ : (لَا يَمْلِكُ شَيْئًا) .
وَإِذَا ثَبَتَ إِعْسَارُهُ . . لَمْ يَجْزُ حَبْسُهُ وَلَا مُلَازِمَتُهُ ، بَلْ يُمْهَلُ حَتَّى يُوسَرَ .

والصحيح في هذه البينة : أنها رجلان ، وقيل : ثلاثة ، وقيل : رجل وامرأتان ، أو رجل ويمين .

وعبر المصنف بـ (شاهد) لإرادة الجنس ، لكنه يوهم بالوجه الثالث ، فلو قال (شاهديه) . . كان أحسن .

ثم إن عرف القاضي اتصافهم بالخبرة . . فذاك ، وإلا . . جاز أن يعتمد قولهم : إنا بهذه الصفة .

قوله : (وليقل : هو معسر ، ولا يمحض النفي ؛ كقوله : لا يملك شيئاً) أي : بل يجمع بين الإثبات والنفي ، ويقدم الإثبات فيقول : أشهد أنه معسر لا يملك إلا قوت يومه ، وثياب بدنه ، وسكنى يومه .

قال ابن العماد : لا يتعين هذا ، بل لو قال : أشهد أنه معدم معسر . . جاز ، قاله في « التتمة » .

قوله : (وإذا ثبت إعساره . . لم يجز حبسه ولا ملازمته ، بل يمهل حتى يوسر) للآية^(١) .

قال الزركشي : الأصح : وجوب التحليف بعد البينة ، وإذا ثبت وحلف . . ففي توقف فك الحجر على حكم الحاكم وجهان في « الحاوي »^(٢) ، وإن لم يثبت إعساره . . جاز حبسه وملازمته .

ولا يحبس الآباء والأجداد بدين أولادهم على الأصح .

(١) هي : ﴿ فَتَنْظَرُهُ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] .

(٢) الحاوي الكبير (٦ / ٣٣٢) .

وَالْغَرِيبُ الْعَاجِزُ عَنْ بَيِّنَةِ الْإِعْسَارِ . . يُوَكِّلُ الْقَاضِي بِهِ مَنْ يَبْحَثُ عَنْ
حَالِهِ ، فَإِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ إِعْسَارُهُ . . شَهِدَ بِهِ .

فصل

مَنْ بَاعَ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ حَتَّى حُجِرَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْفَلَسِ . . فَلَهُ فسخُ
الْبَيْعِ وَاسْتِرْدَادُ الْمَبِيعِ ،

وأجرة الحبس على المحبوس ؛ لأنها أجرة المكان ، قاله الرافعي في
(الأفضية)^(١) .

قوله : (والغريب العاجز عن بينة الإعسار . . يوكل القاضي به من يبحث
عن حاله ، فإذا غلب على ظنه إعساره . . شهد به) لئلا يتخلد الحبس عليه ،
فإن قال : غريمي يعلم أنني معسر ، أو أن مالي هلك فحلفوه . . حلف ، فإن
نكل . . حلف المديون ولم يحبس .

(فصل)

[في الرجوع على المفلس في المعاملة معه]

(من باع ولم يقبض الثمن حتى حجر على المشتري بالفلس . . فله فسخ
البيع واسترداد المبيع) للحديث^(٢) .

وقال صلى الله عليه وسلم : « أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ . . فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ
أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ »^(٣) .

(١) الشرح الكبير (٤٨٦ / ١٢) .

(٢) أي : المار في أول (كتاب التفليس) .

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥١٩) ، والترمذي (١٣٠٨) ، وابن ماجه (٢٣٦٠) واللفظ له عن
أبي هريرة رضي الله عنه .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّ خِيَارَهُ عَلَى الْفَوْرِ ، وَأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ الْفَسْخُ بِالْوَطْءِ وَالْإِعْتَاقِ وَالْبَيْعِ .

وَلَهُ الرُّجُوعُ فِي سَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ ؛ كَالْبَيْعِ ،

وأفهم كلامه : أن قبض البعض لا يمنع الفسخ ، وهو الجديد ، لكن إنما يفسخ في البعض ، وأنه لا يكفي الفسح في الفسخ ، بل لا بد من حجر القاضي ، وهو الأصح .

ويتأولون الحديث إما بإضمام الحجر ، وإما بالتعبير بالإفلاس عن الحجر .

ويحصل الفسخ بقوله : فسخت البيع ، و : نقضته ، و : رفعته ، فلو قال : رددت الثمن ، أو : فسخت البيع فيه . . حصل أيضاً في الأصح .

قوله : (والأصح : أن خياره على الفور) قياساً على خيار العيب ، والثاني : لا ؛ كخيار الرجوع في الهبة .

وعلى هذا : يمتد إلى أن يعزم الحاكم على بيع ماله ، ولا يفتقر إلى إذن الحاكم في الأصح .

قوله : (وأنه لا يحصل الفسخ بالوطء والإعتاق والبيع) أي : وتلغو هذه التصرفات ؛ قياساً على الواهب ، والثاني : يحصل ؛ قياساً على البائع في زمن الخيار .

قوله : (وله الرجوع في سائر المعاوضات ؛ كالبيع) عملاً بعموم الحديث^(١) .

وقوله : (كالبيع) أشار به إلى أن ما ذكره فيه من الأحكام يثبت في سائر

(١) أي : المار آنفاً عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَلَهُ شُرُوطٌ ؛ مِنْهَا : كَوْنُ الثَّمَنِ حَالًا .

وَأَنْ يَتَعَذَّرَ حُصُولُهُ بِالْإِفْلَاسِ ، فَلَوْ امْتَنَعَ مِنْ دَفْعِ الثَّمَنِ مَعَ يَسَارِهِ أَوْ هَرَبَ . . فَلَا فسخَ فِي الْأَصَحِّ ،

المعاوضات ، وإلى كون المعاوضة محضة ، فإذا اقترض مالا ، فحجر عليه وهو باق في يده . . فللمقرض الرجوع .

وإذا أفلس المسلم إليه ، وحجر عليه قبل الوفاء . . رجع المسلم فيما أعطاه إن كان باقياً .

وإذا استأجر عيناً ، فحجر عليه قبل تسليم الأجرة ومضي المدة . . فللمؤجر الفسخ على المشهور ، وإن مضى بعضها . . فله الفسخ في الباقي ، والمضاربة بقسط الماضي .

وفي فلس المؤجر في إجارة العين . . لا فسخ للمستأجر ؛ لأنه مقدم بمنافعها ، وكذا إن سلم عيناً لاستيفاء المنفعة منها في إجارة الذمة في الأصح ، وإن لم يسلم . . فللمستأجر الفسخ إذا كانت الأجرة باقية .

قوله : (وله شروط ؛ منها : كون الثمن حالاً) أي : عند الرجوع ، فإن كان مؤجلاً . . فلا فسخ على المذهب ؛ لأن المؤجل لا يطالب به ، لكن لو اشترى بمؤجل وحل ثم أفلس . . رجع على الأصح ، سواء حل قبل الحجر أو بعده .

قوله : (وأن يتعذر حصوله بالإفلاس ؛ فلو امتنع من دفع الثمن مع يساره أو هرب . . فلا فسخ في الأصح) لعدم عيب الإفلاس ، والتوصل إلى أخذه بالسلطان ممكن ، فإن فرض عجز على ندور . . فلا عبرة به ، والثاني : له الفسخ ؛ لتعذر الوصول إليه حالاً ، مع توقعه مآلاً ، فأشبهه المفلس .

وَلَوْ قَالَ الْغَرْمَاءُ : (لَا تَفْسَخْ وَنُقَدِّمُكَ بِالثَّمَنِ) . . فَلَهُ الْفَسْخُ .

واحترز بقوله : (بالإفلاس) : عن تعذره بانقطاع جنسه ، فإنه لا يفسخ إن جوزنا الاستبدال عن الثمن ، وإلا . . ففيه الخلاف في انقطاع المسلم فيه ، كذا في « الروضة » و« أصلها » ، قال في « المهمات » : منع الفسخ على القول بجواز الاستبدال مشكل لا يوافق القواعد ، فإن المعقود عليه إذا فات . . جاز الفسخ ؛ لفوات المقصود ، واستشهد بكلام للقاضي حسين وللإمام والمتولي^(١) .

قال ابن العماد : الكلام هنا في الانقطاع بعد الحجر ، وبعده قد تعلق حق الغرماء فلا يصار إلى الفسخ مع إمكان الاعتياض عن الثمن ، وقد تزيد العين المبيعة زيادة متصلة تزيد على أضعاف ثمنها ، فلو جوزنا الفسخ مع إمكان الاعتياض . . أضربنا بالمفلس والغرماء ، وكلام الذين نقل عنهم ليس فيه تصريح بمسألة الحجر ، وإنما هو حيث لا حجر ، وجواز الفسخ فيه واضح ؛ كانقطاع المسلم فيه ؛ لأن العين لم تتعلق بها حق .

قوله : (ولو قال الغرماء : لا تفسخ ونقدمك بالثمن . . فله الفسخ) أي : على الصحيح ؛ للمنة ، ولأنه ربما يظهر غريم آخر فيزاحمه فيما أخذ ، وقيل : ليس له الفسخ .

ولو قالوا : نؤدي الثمن من مالنا ، أو تبرع به أجنبي . . لم يجبههم للمنة ، ولو أجاب ثم ظهر غريم آخر أو غرماء . . لم يزاحم فيما أخذ .

ولو قال الوارث : لا ترجع وأقدمك من التركة . . لم يلزمه القبول ، وإن قال : من مالي . . فوجهان .

(١) روضة الطالبين (٣/٣٨٥) ، الشرح الكبير (٥/٣٢) ، المهمات (٥/٤١٠) ، نهاية المطلب (١٩/٣٤٥) ، (٦/٣٠٧) .

وَكَوْنُ الْمَبِيعِ بَاقِيًا فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي ، فَلَوْ فَاتَ أَوْ كَاتَبَ الْعَبْدَ . فَلَا رُجُوعَ ، وَلَا يَمْنَعُ التَّزْوِيجُ .

ولو تبرع أجنبي بدين الميت . . اختار السبكي : وجوب القبول إذا لم تكن تركة .

قوله : (وكون المبيع باقياً في ملك المشتري) لأنه صلى الله عليه وسلم جعل وجدانه شرطاً في الأحقية^(١) .

وقوله : (باقياً) يقتضي : أنه لو زال ثم عاد . . فلا رجوع ، وصححه من « زوائده » ، والأصح في « الشرح الصغير » : الرجوع ، وكلامه في « الكبير » يشعر برجحانه ، فإنه شبهه بنظيره من الرد بالعيب^(٢) .

قوله : (فلو فات أو كاتب العبد . . فلا رجوع) أي : سواء كان الفوات بموت أو جناية أو بيع أو هبة أو إعتاق أو غيرها ، وليس له فسخ هذه التصرفات إذا لزم ، وسواء كانت قيمته مثل الثمن أو أكثر في الأصح ، وليس له إلا المضاربة بالثمن .

فلو باعه ثم حجر عليه في زمن الخيار . . كان للبائع الفسخ والرجوع .
وإنما امتنع الرجوع في المكاتب ؛ لأنه كالخارج عن ملكه ، ولهذا جوزناه إذا فسخت الكتابة .

ولو قال : (أو كوتب) . . لكان أخصر وأعم .

والاستيلاد كالكتابة .

قوله : (ولا يمنع التزويج) أي : من الرجوع ، عبداً كان أو جارية ؛ لأنه لا يمنع البيع .

(١) أخرجه البخاري (٢٤٠٢) ، ومسلم (١٥٥٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه ، وقد مر .

(٢) روضة الطالبين (٣ / ٣٩١) ، الشرح الكبير (٥ / ٤١) .

وَلَوْ تَعَيَّبَ بِأَفَةٍ . . أَخَذَهُ نَاقِصاً أَوْ ضَارِبَ بِالثَّمَنِ . أَوْ بِجِنَايَةٍ أَجْنَبِيٍّ أَوْ
الْبَائِعِ . . فَلَهُ أَخْذُهُ ، وَيُضَارِبُ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ نَقْصِ الْقِيَمَةِ .

وكان يكفي ذكر مسألة العيب عن التصريح به ؛ لأن الزواج فيهما من العيوب ، والتدبير وتعليق العتق لا يمنعان أيضاً ، والإيجار يمنع إن منعنا بيع المستأجر ، وإن جوزناه . . جاز الرجوع ، والأجرة للمفلس^(١) .

وللرجوع شرطان آخران : ألا يتعلق بالمبيع حق ثالث ؛ كالرهن والجناية والشفعة ، فإن زال التعلق . . رجع ، وألا يقوم بالبائع مانع من التملك ؛ كما لو أحرم وكان المبيع صيداً .

قوله : (ولو تعيب بأفة . . أخذه ناقصاً ، أو ضارب بالثمن) يعني : إذا نقص المبيع بأفة سماوية نقصان صفة ، وهو ما لا يفرد بالعقد ولا يتقسط الثمن عليه ؛ كاليد والرجل والحرفة . . فالبائع بالخيار إن شاء رجع فيه ناقصاً وقنع به ، وإن شاء ضارب بكل الثمن ؛ كما لو تعيب المبيع في يد البائع ؛ فإن المشتري يتخير بين أن يأخذه ناقصاً أو يتركه .

قوله : (أو بجناية أجنبي أو البائع . . فله أخذه ، ويضارب من ثمنه بنسبة نقص القيمة) يعني : وإن نقص بفعل مضمون ؛ كجناية أجنبي أو البائع ؛ فإن شاء . . رجع فيه وضرب مع الغرماء بمثل نسبة ما نقص من القيمة من الثمن ؛ فإن كانت قيمة العبد مع قطع اليدين مئة وبدونه مئتين . . فيأخذه ويضارب بنصف الثمن ، فإن اشتراه بمئة . . ضارب بخمسين ، وأرش النقص يكون

(١) وعبرة « النجم الوهاج » (٣٨٦/٤) : (وهذه المسألة لا حاجة إليها ؛ لأنه عيب في العبد والأمة وقد ذكره عقبه ، والتدبير وتعليق العتق لا يمنعان قطعاً) . وقال في « تحفة المحتاج » (٢٦١/٥) : (واستفيد منه - خلافاً لمن زعم الاستغناء عنه بما بعده ؛ إذ التزويج عيب - أن نحو الإجارة كذلك ؛ لأنها لا تمنع البيع أيضاً فيأخذه مسلوب المنفعة أو يضارب) .

وَجِنَايَةُ الْمُشْتَرِي كَافَّةً فِي الْأَصَحِّ .

وَلَوْ تَلَفَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ ثُمَّ أَفْلَسَ . . أَخَذَ الْبَاقِيَ وَضَارَبَ بِحِصَّةِ التَّالِفِ ،
فَلَوْ كَانَ قَبْضَ بَعْضِ الثَّمَنِ . . رَجَعَ فِي الْجَدِيدِ ،

للمفلس ، مقدراً كان أو غير مقدّر ، وإن شاء . . ضرب مع الغرماء بالثمن كله .

أما رجوعه في العين . . فلما سبق^(١) ، وأما المضاربة . . فلأن المشتري أخذ بدل النقص الذي كان البائع يستحقه لو بقي ، فلا يمتنع عليه ، وأما اعتباره من الثمن . . فلأن الكل لو تلف . . ضارب بالثمن ، فذلك جزؤه .

قوله : (وجناية المشتري كافة في الأصح) أي : حتى يقنع بالمبيع أو يضارب ؛ لأن فعله وقع في ملكه قبل تعلق حق البائع ، وقيل : كجناية الأجنبي ، وقطع به بعضهم وصححها الإمام^(٢) ، فكان الأولى : التعبير بالمذهب .

قوله : (ولو تلف أحد العبدین ثم أفلس . . أخذ الباقي وضارب بحصة التالف) أي : إذا نقص المبيع نقصان جزء ، وهو ما يفرد بالعقد ويتقسط الثمن عليه ؛ كتلف أحد العبدین أو الثوبین ، ولم يقبض من الثمن شيئاً . . فله أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن ويضارب بثمر التالف ؛ لأنه ثبت له الرجوع في كل منهما ، بل لو بقي جميع المبيع وأراد البائع الفسخ في بعضه . . مكن منه ؛ كما يجوز رجوع الأب في بعض ما وهب لولده .

قوله : (فلو كان قبض بعض الثمن . . رجع في الجديد) لأن الإفلاس

(١) أي : لما سبق أول الفصل من قول المتن : (واسترداد المبيع) .

(٢) نهاية المطلب (٣١٧/٦) .

فَإِنْ تَسَاوَتْ قِيمَتُهُمَا وَقَبِضَ نِصْفَ الثَّمَنِ . . أَخَذَ الْبَاقِيَ بِبَاقِي الثَّمَنِ ، وَفِي قَوْلٍ : يَأْخُذُ نِصْفَهُ بِنِصْفِ بَاقِي الثَّمَنِ وَيُضَارِبُ بِنِصْفِهِ .

وَلَوْ زَادَ الْمُبِيعُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ؛ كَسِمَنِ وَصَنَعَةٍ . . فَازَ الْبَائِعُ بِهَا ،

سبب يعود به كل العين ؛ فجاز أن يعود به بعضه ، والقديم : لا يرجع ، بل يضارب بباقي الثمن .

قوله : (فَإِنْ تَسَاوَتْ قِيمَتُهُمَا وَقَبِضَ نِصْفَ الثَّمَنِ . . أَخَذَ الْبَاقِيَ بِبَاقِي الثَّمَنِ) أي : ويكون ما قبض في مقابلة التالف ، وهذا هو المنصوص (وفي قول : يَأْخُذُ نِصْفَهُ) أي : نصف العبد الباقي (بنصف باقي الثمن ، ويضارب بنصفه) أي : بنصف الباقي وهو الربع ، وهذا مخرج ، وصحح في « الروضة » : القطع بالمنصوص^(١) .

ولو قبض بعض الثمن ، ولم يتلف شيء من المبيع . . ففي رجوعه القولان ، فعلى الجديد : يرجع في المبيع بقسط الباقي من الثمن .

قوله : (وَلَوْ زَادَ الْمُبِيعُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ؛ كَسِمَنِ وَصَنَعَةٍ . . فَازَ الْبَائِعُ بِهَا) أي : بطريق التبعية ؛ تنزيلاً للفسخ منزلة العقد .

وذكر المصنف الصنعة هنا من الزيادات المتصلة تبعاً للرافعي ، وذكرها أيضاً في الزيادات الحاصلة من خارج ، وعبرا عنها بالحرفة ، وأن الأصح : أنها من صور القولين ، وقيل : هي أثر قطعاً ؛ كالسمن ، قال السبكي : ونص الشافعي في « الأم » يشهد لها^(٢) .

(١) روضة الطالبين (٣ / ٣٩٢) .

(٢) المحرر (١ / ٥٨٦) ، الشرح الكبير (٥ / ٤٦ ، ٥٩) ، روضة الطالبين (٣ / ٣٩٣) و (٣ / ٤٠٣) ،

الأم (٤ / ٤٢٧) .

وَالْمُنْفَصِلَةُ ؛ كَالثَّمَرَةِ وَالْوَلَدِ لِلْمُشْتَرِي ، وَيَرْجِعُ الْبَائِعُ فِي الْأَصْلِ ، فَإِنْ كَانَ
الْوَلَدُ صَغِيراً وَبَذَلَ الْبَائِعُ قِيَمَتَهُ . أَخَذَهُ مَعَ أُمِّهِ ، وَإِلَّا . . . فَيُبَاعَانِ وَتُصْرَفُ
إِلَيْهِ حِصَّةُ الْأُمِّ ، وَقِيلَ : لَا رُجُوعَ .

وَلَوْ كَانَتْ حَامِلاً عِنْدَ الرُّجُوعِ دُونَ الْبَيْعِ أَوْ عَكْسَهُ . . . فَلَا أَصَحَّ : تَعْدِي
الرُّجُوعِ إِلَى الْوَلَدِ .

قال ابن العماد : عبر الرافي مع السمن بـ (تعلم الحرفة) بضم اللام ،
مصدر : تعلم العبد بنفسه ، وهو كالسمن ؛ لأن المفلس لم يصدر منه فعل ،
وفي الموضع الآخر عبر بالتعليم ، ثم ذكر ضابط القولين^(١) .

قوله : (والمنفصلة ؛ كالثمرة والولد للمشتري) لأنها تتبع الملك
(ويرجع البائع في الأصل) لأن الشارع إنما أثبت الرجوع في المبيع ، فيقتصر
عليه .

قوله : (فإن كان الولد صغيراً) أي : آدمياً في سن لا يجوز فيه التفريق
(وبذل البائع قيمته . . . أخذه مع أمه) أي : بلا خلاف ؛ لأن التفريق ممتنع ،
ومال المفلس مبيع كله ؛ فأجبنا البائع (وإلا . . . فيباعان) أي : إن لم يبذل
(وتصرف إليه حصة الأم) وحصة الولد للغرماء (وقيل : لا رجوع) أي : إذا
لم يبذل البائع القيمة ، بل يضارب ؛ لامتناع التفريق .

قوله : (ولو كانت حاملاً عند الرجوع دون البيع أو عكسه . . . فلاصح :
تعدي الرجوع إلى الولد) .

اعلم : أن تعدي الرجوع إذا كانت حاملاً عند البيع دون الرجوع مبني على
أن الحمل يعلم ، وهو الأصح ، ومقابله : مبني على أنه لا يعلم .

(١) المحرر (٥٨٦/١) ، الشرح الكبير (٥٩/٥ - ٦٠) .

وَاسْتِتَارَ الثَّمَرُ بِكَمَامِهِ وَظُهُورُهُ بِالتَّأْيِيرِ قَرِيبٌ مِّنَ اسْتِتَارِ الْجَنِينِ
وَانْفِصَالِهِ ، وَأُولَىٰ بِتَعْدِي الرَّجُوعِ .

وَلَوْ غَرَسَ الْأَرْضَ أَوْ بَنَى ؛ فَإِنْ اتَّفَقَ الْغَرَمَاءُ وَالْمُفْلِسُ عَلَى

وأما في الأولى . . فلأن الولد لما تبع في البيع . . تبع في الرجوع ، ولو
كانت حاملاً في الحاليتين . . فهو كالسمن ، وإن لم تكن حاملاً في الحاليتين ،
وحدث بينهما وانفصل . . فتقدم أنه للمشتري .

والتعبير بالأصح تبع فيه « المحرر »^(١) ، وعبر في « الروضة » بالأظهر ،
لكنهما مخرجان ، يعبر عنهما بالقولين والوجهين .

قوله : (واستتار الثمر بكمامه وظهوره بالتأير قريب من استتار الجنين
وانفصاله ، وأولى بتعدي الرجوع) أي : فتجيء فيه الأحوال الأربعة ؛ فإن
حدث بعد البيع وأبرت قبل الرجوع . . فللمشتري ، وإن كانت موجودة غير
مؤبرة فيهما . . فللبائع ، أو مؤبرة عند الرجوع فقط . . فعلى القولين في الولد ؛
أظهرهما : أنها للبائع ، وقيل : هي له قطعاً ؛ لأنها وإن كانت مستترة . . فهي
مشاهدة موثوق بها قابلة للإفراد بالبيع ؛ فكانت كالنخيل .

وإن كانت غير موجودة عند البيع موجودة عند الرجوع ، غير مؤبرة . .
فالأظهر : أنها للبائع أيضاً ؛ لأنها تبع في البيع فكذلك في الفسخ ، وقيل :
للمشتري قطعاً .

وقول المصنف : (وأولى بتعدي الرجوع) لا يحسن ؛ لأنه أولى فيما إذا
كانت مؤبرة عند الرجوع .

قوله : (ولو غرس الأرض أو بنى ؛ فإن اتفق الغرماء والمفلس على

(١) المحرر (٥٨٧ / ١) ، روضة الطالبين (٣ / ٣٩٥) .

تَفْرِغِهَا . . فَعَلُوا وَأَخَذَهَا ، وَإِنْ امْتَنَعُوا . . لَمْ يُجْبَرُوا ، بَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ
وَيَتَمَلَّكَ الْغِرَاسَ وَالْبِنَاءَ بِقِيَمَتِهِ ، وَلَهُ أَنْ يَقْلَعَهُ وَيَضْمَنَ أَرْضَ نَقْصِهِ ،
وَالْأَظْهَرُ : أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا ، وَيَبْقَى الْغِرَاسُ وَالْبِنَاءُ لِلْمُفْلِسِ .
وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ حِنْطَةً فَخَلَطَهَا بِمِثْلِهَا أَوْ دُونِهَا . . فَلَهُ

تفريغها . . فعلوا (لأن الحق لا يعدوهم^(١)) (وأخذها) أي : البائع إذا اختار
الرجوع فيها ، ولا يكلفهم أن يعطوه الغراس والبناء بقيمته .
نعم ؛ إذا قلعوا . . تجب تسوية الحفر ، وغرامة أَرْضِ النقص من مال
المفلس ، يقدم بهما البائع على الغرماء .

قوله : (وإن امتنعوا . . لم يجبروا) أي : على القلع ؛ لأنه حين بنى
وغرس لم يكن متعدياً ، فإن طلب بعضهم القلع ، وبعضهم أخذ القيمة . .
أجيب من في قوله المصلحة للجميع .

قوله : (بل له أن يرجع ويتملك الغراس والبناء بقيمته) تخلصاً لعين ماله
(وله أن يقلعه ويضمن^(٢) أَرْضَ نقصه) أي : وليس لهم الامتناع ؛ لأن الضرر
يندفع بكل واحد منهما .

قوله : (والأظهر : أنه ليس له أن يرجع فيها ، ويبقى الغراس والبناء
للمفلس) لأنه ينقص قيمة البناء والغراس ، فعلى هذا : يضارب بالثمن أو
يعود إلى التخيير ، والثاني : له ذلك ؛ كما يرجع في الثوب بعد الصبغ ،
ويكون شريكاً ، لكن لا يجبر على البيع معهم في الأظهر ، بخلاف الصبغ .

قوله : (ولو كان المبيع حنطة فخلطها بمثلها أو دونها . . فله) أي : بعد

(١) وفي (ب) قوله : (لأن الحق لا يعدوهم) غير موجود .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (ويغرم) .

أَخَذُ قَدْرَ الْمَبِيعِ مِنَ الْمَخْلُوطِ ، أَوْ بِأَجُودَ . . فَلَا رُجُوعَ فِي الْمَخْلُوطِ فِي الْأَظْهَرِ ، وَلَوْ طَحَنَهَا أَوْ قَصَرَ ثَوْبًا ، فَإِنْ لَمْ تَزِدِ الْقِيَمَةَ . . رَجَعَ وَلَا شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ ، وَإِنْ زَادَتْ . . فَلَا أَظْهَرُ : أَنَّهُ يُبَاعُ وَلِلْمُفْلِسِ مِنْ ثَمَنِ بِنِسْبَةِ مَا زَادَ .

الفسخ (أخذ قدر المبيع من المخلوط) لأنه في المثل واجد حكماً ، وفي الخلط بالدون مسامح بعيب حدث بالخلط ؛ فيفسخ ويتملك قدر حقه ويطلب القسمة . وإن طلب البيع . . لم يجب إليه في الأصح ، والثالث : يجب في الخلط بالأردأ ، لا بالمثل^(١) .

قوله : (أَوْ بِأَجُودَ . . فَلَا رُجُوعَ فِي الْمَخْلُوطِ فِي الْأَظْهَرِ) لتعذر الرجوع حقيقة ؛ للاختلاط ، وحكماً ؛ لأن إعطاءه قدر حقه منه فيه إضرار بالمفلس ، وإعطاؤه ما يساوي حقه منه رباً ، والثاني : يرجع ؛ كالخلط بالمثل ، لكن يباع الكل ويوزع على قدر القيمتين ، وفي قول : يقسم على نسبة القيمتين . وحكم سائر المثليات حكم الحنطة .

قوله : (وَلَوْ طَحَنَهَا أَوْ قَصَرَ ثَوْبًا^(٢)) ، فَإِنْ لَمْ تَزِدِ الْقِيَمَةَ . . رَجَعَ وَلَا شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ) لأن المبيع موجود من غير زيادة .

وقوله : (لَمْ تَزِدِ الْقِيَمَةَ) دخل فيه : أن تتساوى وأن تنقص ، ولا شيء للبائع عند النقص إن اختار الرجوع .

قوله : (وَإِنْ زَادَتْ) أي : القيمة بسببها ، لا بارتفاع الأسواق (. . .) . . . فَلَا أَظْهَرُ : أَنَّهُ يُبَاعُ ، وَلِلْمُفْلِسِ مِنْ ثَمَنِ بِنِسْبَةِ مَا زَادَ) لأنها زيادة حصلت بفعل متقوم محترم ، فوجب ألا يضيع عليه ، بخلاف الغاصب .

(١) والثاني : يجب ويصرف إليه نصف الثمن . راجع « عمدة المحتاج » (٢٨٢ / ٧) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (أَوْ قَصَرَ الثَّوْبَ) .

وَلَوْ صَبَّغَهُ بِصَبْغِهِ ؛ فَإِنْ زَادَتْ الْقِيَمَةُ قَدْرَ قِيَمَةِ الصَّبْغِ .. رَجَعَ ،
وَالْمُفْلِسُ شَرِيكٌ بِالصَّبْغِ ،

مثاله : قيمة الثوب خمسة ، وبلغ بالقصارة ستة .. فللمفلس سدس الثمن ، فلو ارتفعت القيمة أو انخفضت بالسوق .. فالزيادة والنقص بينهما على هذه النسبة .

والثاني : أن البائع يفوز بالزيادة ؛ لأنها صفات تابعة حصلت بفعل المشتري ، فهي كالسمن .

ويعبر عن الأول : بأن القصارة ونحوها عين ؛ أي : تجري مجرى الأعيان ، وعن الثاني : أنها أثر ؛ أي : تجري مجرى الآثار .

ويجري القولان في خبز الدقيق والعجين ، وشي اللحم ، وذبح الشاة ، ونسج الغزل ، وضرب تربة الأرض لبناً .

وتوضع العين الحادث فيها الزيادة عند عدل حتى تباع ، أو يوفي البائع ما عليه ؛ لأنه يجوز له أن يمسك المبيع لنفسه ويعطي للمفلس حصة الزيادة على الأصح .

فكان الأولى : حذف البيع^(١) ، وعبارة « المحرر » : (الأصح : أن المفلس شريك فيه - أي : في الزيادة - فيباع)^(٢) فجعل البيع فرع الشركة ، خلافاً لعبارة المصنف .

قوله : (ولو صبغه بصبغه ؛ فإن زادت القيمة قدر قيمة الصبغ .. رجع ، والمفلس شريك بالصبغ) لأن المبيع الثوب فقط .

(١) عبارة « النجم الوهاج » (٣٩٣/٤) : (فعلى هذا : قول المصنف : « يباع » زيادة مضرة) .

(٢) المحرر (٥٨٩/١) .

أَوْ أَقَلَّ . . . فَالْتَقْصُ عَلَى الصَّبْغِ ، أَوْ أَكْثَرَ . . . فَلَا صَحَّ : أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمُفْلِسِ .
وَلَوْ اشْتَرَى مِنْهُ الصَّبْغَ وَالثَّوبَ . . . رَجَعَ فِيهِمَا إِلَّا أَلَّا تَزِيدَ قِيَمَتُهُمَا عَلَى
قِيَمَةِ الثَّوبِ فَيَكُونُ فَاقِدًا لِلصَّبْغِ .

وقوله : (بصبغه) أي : بصبغ المشتري .

فإن لم يزد شيئاً . . . فقد ضاع على المشتري ، وإن زاد قدر قيمة الصبغ ؛
كما لو كان قيمة الثوب أربعة والصبغ درهمين ، فصار بعد الرجوع يساوي
سته . . . كان المفلس شريكاً بدرهمين .

وفي كيفية الشركة وجهان ؛ أحدهما : للبائع الثلثان ، وللمفلس الثلث ،
والثاني : كل الثوب للبائع ، وكل الصبغ للمفلس .

قوله : (أو أقل) أي : من قيمة الصبغ (. . . فالنقص على الصبغ) كما إذا
صار الثوب المذكور يساوي خمسة . . . فالمفلس شريك بخمس الثمن ؛ لأن
أجزاء الصبغ تتفرق وتنقص ، والثوب بحاله ، فلو لم يزد شيئاً . . . كان الثوب
للبيع .

قوله : (أو أكثر) من قيمة الصبغ (. . . فالأصح : أن الزيادة للمفلس) بناء
على أن الأعمال بمثابة الأعيان ؛ كما إذا صارت قيمته ثمانية . . . فيجعل بينهما
نصفين ، وإن قلنا : كالأثر . . . فقليل : يفوز البائع بالزيادة ؛ لأنها متصلة ،
فيكون له ثلاثة أرباع الثمن ، وقال الأكثرون : يوزع عليهما ، فيكون له ثلثا
الثمن ، وللمفلس ثلثه ، وللبائع دفع ما يستحقه المفلس من الثمن ؛ ليخلص
له الثوب مصبوغاً .

قوله : (ولو اشترى منه الصبغ والثوب . . . رجع فيهما) لأنهما عين ماله
(إلا ألا تزيد قيمتهما على قيمة الثوب فيكون فاقداً للصبغ) أي : لاستهلاكه
فيضارب بثمنه .

وَلَوْ اشْتَرَاهُمَا مِنْ اثْنَيْنِ ؛ فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيَمَتُهُ مَصْبُوغاً عَلَى قِيَمَةِ الثَّوبِ . .
فَصَاحِبُ الصَّبْغِ فَاقِدٌ ، وَإِنْ زَادَتْ بِقَدْرِ قِيَمَةِ الصَّبْغِ . . اشْتَرَكَا ، وَإِنْ زَادَتْ
عَلَى قِيَمَتِهِمَا . . فَالْأَصَحُّ : أَنَّ الْمُفْلِسَ شَرِيكَ لَهُمَا بِالزِّيَادَةِ .

وقوله : (إلا ألا تزيد) يدخل فيه المساوي والناقص .

قوله : (ولو اشتراهما من اثنين ؛ فإن لم تزد قيمته مصبوغاً على قيمة
الثوب . . فصاحب الصبغ فاقد) أي : فيضارب بثمانه (وإن زادت بقدر قيمة
الصبغ . . اشتركا) أي : البائعين^(١) ؛ كما تقدم^(٢) .

فإن لم تبلغ الزيادة قدر قيمة الصبغ ؛ كما إذا كان الثوب بعشرة والصبغ
بخمسة ، فصار يساوي اثني عشر . . فيرجع صاحب الثوب بعشرة ، وصاحب
الصبغ واجد له ناقصاً ، فإن شاء . . أخذ من الثمن درهمين ، وإن شاء . .
ضارب بقيمة الصبغ .

قوله : (وإن زادت على قيمتهما) أي : قيمة الثوب والصبغ جميعاً (. .
فالأصح : أن المفلس شريك لهما بالزيادة) أي : في هذا القسم ، وكذا الذي
قبله ؛ بناء على أن الأعمال بمثابة الأعيان .

وكلامه يوهم : الاختصاص بما إذا اشتراهما من اثنين ، والحكم لو
اشتراهما من واحد كذلك ، قاله الزركشي .

* * *

(١) قوله : (البائعين) . كذا في (أ) و (ب) .

(٢) أي : آنفاً .

بَابُ الْحَجْرِ

مِنْهُ : حَجَرُ الْمُفْلِسِ لِحَقِّ الْغَرَمَاءِ ، وَالرَّاهِنِ لِلْمُرْتَهِنِ ، وَالْمَرِيضِ
لِلْوَرَثَةِ ، وَالْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ ، وَالْمُرْتَدِّ لِلْمُسْلِمِينَ . وَلَهَا أَبْوَابٌ .
وَمَقْصُودُ الْبَابِ : حَجَرُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ وَالْمُبَذِّرِ .

(باب الحجر)

هو في اللغة : المنع ، وفي الاصطلاح : المنع من التصرف في المال .
قوله : (منه : حجر المفلس لحق الغرماء ، والراهن للمرتهن ، والمريض
للورثة ، والعبد لسيده ، والمرتد للمسلمين ، ولها أبواب) أشار رحمه الله إلى
أن الحجر نوعان ؛ أحدهما : لحق غير المحجور عليه وهو ما ذُكرَ وغيره ،
والثاني : لمصلحة المحجور عليه^(١) ، وأشار إليه بقوله :
(ومقصود الباب : حجر المجنون ، والصبي ، والمبذر) .

والأصل فيه : قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا
يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] فسر الشافعي رضي الله عنه
(السفيه) بالمبذر ، و(الضعيف) بالصبي وبالكبير المختل ، و(الذي
لا يستطيع أن يمل) بالمغلوب على عقله^(٢) .

وقوله تعالى : ﴿ يُمِلَّ ﴾ معناه : يملئ ، وكذا قوله تعالى : ﴿ فَلْيُمْلِلْ ﴾
فأبدل اللام من الياء .

وجه الدلالة : أنه أثبت الولاية عليهم ؛ فافتضى الحجر ، قال الزركشي :

(١) وفي (أ) قوله : (أحدهما . . .) إلى قوله : (المحجور عليه) غير موجود .

(٢) راجع « الأم » (٤٥٨ / ٤) .

فَبِالْجُنُونِ تَنْسَلِبُ الْوَلَايَاتُ وَاعْتِبَارُ الْأَقْوَالِ ، وَيَرْتَفِعُ بِالْإِفَاقَةِ

قوله تعالى : ﴿وَابْتَلُوا أَلْيَمَنَى﴾ [النساء : ٦] أمر في حجر الصبي ، نبه عليه بالابتلاء ، وكنى عن البلوغ بالنكاح ، والمجنون في معناه .

قوله : (فبالجنون تنسلب الولايات) أي : الثابتة بأصل الشرع ؛ كولاية النكاح ، والنظر على الأطفال ، أو بالتفويض ؛ كالإيصاء والقضاء ؛ لأنه إذا لم يل أمر نفسه . . فأمر غيره بطريق الأولى .

(واعتبار الأقوال) أي : فلا ترتب على شيء منها مقتضاه ، سواء كانت له أو عليه ؛ لعدم قصده .

وأما أفعاله . . فيعتبر إحباله ، وإتلاف مال الغير ، ويتقرر المهر بوطئه ، ويرتب الحكم على إرضاعه ، وعمده في الجناية عمد على الصحيح ، قاله الزركشي .

والمراد : أنه بمجرد الجنون يثبت الحجر لا بضرب أحد .

وقال الزركشي : قوله : (تنسلب) صوابه : تسلب بحذف النون ، وقد نص النحويون على أن الفعل لا بد فيه من العلاج والتأثير ؛ ولذلك لا يقال : انعدم وانجهل .

قوله : (ويرتفع بالإفاقة) أي : يرتفع الحجر بمجرد الإفاقة من غير فك ، ويستثنى : ولاية القضاء ونحوها ؛ فلا تعود إلا بتولية جديدة ، فلعل المراد : عود الأهلية .

قال الزركشي : ومراد المصنف : ارتفاع حجر المجنون ، لا ارتفاع الحجر مطلقاً ؛ فإنه لو أفاق وهو دون البلوغ . . استمر حجر الصبي ، وبعد أن بلغ وكان قد جنّ وهو سفيه . . استمر حجر السفه^(١) .

(١) وفي (أ) كلام الزركشي هذا غير موجود ، وفي (ب) زاده تصحيحاً .

وَحَجَرُ الصَّبِيِّ يَرْتَفَعُ بِبُلُوغِهِ رَشِيداً .

وَالْبُلُوغُ : بِاسْتِكْمَالِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً ، أَوْ خُرُوجِ مَنِيٍّ .

قوله : (وحجر الصبي يرتفع ببلوغه رشيداً) لقوله تعالى : ﴿وَابْتُلُوا آلَ نَبِيِّكُمْ﴾ [النساء : ٦] الآية .

وأشار الزركشي إلى صحة ضبط (الصبي) بفتح الصاد وكسر الباء ، وبكسر الصاد ، وأن الغزالي سوى بينهما في الارتفاع بالبلوغ مع الرشد ، قال : وقال غيره - يعني : في الثاني - : يرتفع بمجرد البلوغ ، وذكر الرافعي المقاليتين وقال : وليس خلافاً محققاً ؛ فإن الأول أراد الإطلاق الكلي ، والثاني أراد الحجر المخصوص بالصبي ، وهذا أولى ؛ لأن كلاً من الصبا والتبذير سبب مستقل ، وأحكامهما متغايرة^(١) ، قال الزركشي : بدليل أن السفية يصح طلاقه وإقراره بالعقوبات ، بخلاف الصبي ، فالرشد غير محتاج إليه في ارتفاع حجر الصبي .

قوله : (والبلوغ : باستكمال خمس عشرة سنة) أي : قمرية ؛ لحديث ابن عمر : عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة ، فلم يجزني ، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة ، فأجازني . متفق عليه^(٢) .

وقيل : يحصل بالطعن في الخامسة عشر .

قوله : (أو خروج مني) لقوله تعالى : ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ﴾ [النور : ٥٩] .

(١) الشرح الكبير (٦٨/٥) ، الوسيط (٣٠٨/٢) ، وراجع « روضة الطالبين » (٤١٧/٣)

فقد بين ما في « الوجيز » و« الوسيط » من اختلاف النسخ .

(٢) صحيح البخاري (٢٦٦٤) ، صحيح مسلم (١٨٦٨) .

وَوَقْتُ إِمْكَانِهِ : اسْتِكْمَالُ تِسْعِ سِنِينَ ، وَنَبَاتُ الْعَانَةِ يَقْتَضِي الْحُكْمَ بِبُلُوغِ
وَلَدِ الْكَافِرِ ،
.....

وقوله صلى الله عليه وسلم : « وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَخْتَلِمَ »^(١) .

وبالإجماع في الغلام ، والصحيح : أن الجارية كذلك ؛ للآية والحديث .

والمراد في الحديث : خروج المني ، سواء كان في نوم أو يقظة ، بجماع
أو غيره .

قوله : (ووقت إمكانه) أي : إمكان خروج المني (استكمال تسع سنين)
أي : في الذكور والإناث على الصحيح ؛ للاستقراء ، وقيل : وقته في الصبي
نصف العاشرة ، وقيل : تمامها ، وقيل : وقته في الصبية : أول التاسعة ،
وقيل : وسطها ، فالخلاف في وقت إنزالها مخصوص بالتاسعة ؛ كحيضها .

قوله : (ونبات العانة يقتضي الحكم ببلوغ ولد الكافر)^(٢) لحديث عطية
القرظي قال : كنت من سبي قريظة وكانوا ينظرون ؛ فمن أنبت الشعر . . قتل ،
ومن لم يُنبت . . لم يقتل ، فكشفوا عانتي فوجدوها لم تُنبت ؛ فجعلوني في
السبي . رواه الأربعة ، وصححه الترمذي^(٣) .

وهل هو بلوغ حقيقة أو دليل على البلوغ ؟ قولان ؛ أظهرهما : الثاني ،
ومعناه : الاستدلال به على أنه بلغ بالاحتلام أو بالسن ، فلو تحققنا أن عمره
دون خمس عشرة سنة ، أو قامت به بينة . . فلا أثر للإنبات ، نصّ عليه^(٤) .

(١) أخرجه الحاكم (٥٩ / ٢) ، وأبو داود (٤٤٠٣) عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه .

(٢) وفي (ب) : (الكفار) .

(٣) سنن أبي داود (٤٤٠٤) ، سنن الترمذي (١٥٨٤) ، سنن النسائي (٣٤٢٩) ، سنن ابن
ماجه (٢٥٤١) .

(٤) راجع « الأم » (٤٥١ / ٤) ، (٦٤٠ / ٥) .

لَا الْمُسْلِمُ فِي الْأَصَحِّ ، وَتَزِيدُ الْمَرْأَةُ حَيْضًا وَحَبَلًا .

وصرح الإمام والعراقيون بأنه علامة في الرجال والنساء^(١) .

ولا بد من تقييد الشعر بكونه خشناً .

وتقييده بـ (العانة) يقتضي : أن شعر الإبط والشارب واللحية لا يلتحق

بها ، وهو الأصح في « الشرح الصغير » .

وحكى الزركشي عن المطرزي : أن العانة هي : الشعر النابت فوق

الفرج ، وقيل : هي المنبت ، وأن الأزهري صوبه ، وأن النابت : الشعرة

بالكسر^(٢) .

قوله : (لا المسلم في الأصح) لأن استكشاف مولده سهل بمراجعة أبيه

وغيره ، والثاني : أنه أمانة في حق المسلمين ؛ لأن الإشكال قد يقع .

والوجهان مفرعان على أنه أمانة في حق الكافر ، وإن قلنا : بلوغ ..

فيكفي في المسلم قطعاً ، قاله الزركشي .

ويجوز النظر إلى العانة لذلك على الأصح .

قوله : (وتزيد المرأة حيضاً) بالإجماع ؛ كما نقله ابن المنذر^(٣) .

وقال صلى الله عليه وسلم : « لَا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ »^(٤) .

فجعلها ممن تلزمها الصلاة ، ويقبل قولها فيه .

قوله : (وحبلًا) هو دليل على البلوغ ؛ لأن الولد من ماء الرجل وماء

(١) نهاية المطلب (٤٣٤ / ٦) .

(٢) تهذيب اللغة (٢٠٣ / ٣) .

(٣) الأوسط (٤٥١ / ٤) .

(٤) أخرجه ابن خزيمة (٧٧٥) ، وابن حبان (١٧١١) ، والحاكم (٢٥١ / ١) ، وأبو داود

(٦٤١) ، والترمذي (٣٧٧) ، وابن ماجه (٦٥٥) عن عائشة رضي الله عنها .

وَالرُّشْدُ : صَلَاحُ الدِّينِ وَالْمَالِ ،

المرأة فإذا وضعت المزوجة . . حكمنا بحصول البلوغ قبل الوضع بستة أشهر ولحظة .

وإن كانت مطلقة وأتت بولد يلحقه . . حكمنا ببلوغها قبل الطلاق بلحظة .
 وقوله : (وتزيد المرأة) يقتضي : أن ما تقدم ؛ من السن والمني وإنبات الشعر عام في الذكور والإناث .

فرع : الخنثى المشكل إذا خرج من ذكره المني ، ومن فرجه الحيض . .
 حكم ببلوغه على الأصح ، وإن وجد أحدهما . . فلا عند الجمهور ؛ لجواز أن يظهر من الآخر ما يعارضه ، قاله الرافعي ، ثم قال : والحق ما قاله الإمام : أنه ينبغي الحكم به ، فإن ظهر خلافه . . غيرناه^(١) .

قال في « المهمات » : الإمام والرافعي قاسا ذلك على الأخذ بالذكر والأنوثة ، وشرطه : التكرار ، فيشترط في هذا أيضاً^(٢) .

قال ابن العماد : اشتراط التكرار إنما هو فيما يدل على الذكورة والأنوثة ، وبه صرح الأصحاب في الحيض بأنه يثبت حكمه بظهوره ، ولم يشترطوا التكرار ، فالتبست مسألة البلوغ بمسألة الوضوح .

قوله : (والرشد : صلاح الدين والمال) كذا فسر به ابن عباس والحسن ومجاهد قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَسْتَمْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا ﴾^(٣) [النساء : ٦] .

(١) الشرح الكبير (٧١ / ٥) ، نهاية المطلب (٤٣٧ / ٦) .

(٢) المهمات (٤٣٤ / ٥) .

(٣) أخرجه الطبري في « تفسيره » (٨٥٩٤) ، (٨٥٩٥) ، (٨٥٩٦) ، وفي (أ) : (كذا فسر به ابن عباس) .

فَلَا يَفْعَلُ مُحَرَّمًا يُبْطَلُ الْعَدَالَةُ ، وَلَا يُنْذَرُ بِأَنْ يُضَيِّعَ الْمَالَ بِاحْتِمَالِ غَبْنٍ فَاحِشٍ فِي الْمُعَامَلَةِ أَوْ رَمِيهِ فِي بَحْرٍ أَوْ إِنْفَاقِهِ فِي مُحَرَّمٍ ،

ولا يضر تنكيره ؛ لأن حقيقته مركبة من شيئين ، فلا يصدق مسماه بدونهما .

ولا يضر إطباق الناس على معاملة من لا يعرف حاله مع غلبة الفسق ؛ لأن الغالب عروض التوبة في بعض الأوقات التي تحصل فيها السيئة ، ويرتفع ثم لا يعود الحجر .

وقيل : صلاح المال فقط .

قوله : (فلا يفعل محرماً يبطل العدالة) أي : يسقطها ، وهو تفسير (صلاح الدين) والمبطل لها : الكبيرة أو الإصرار على الصغيرة .

وفهم معه : أنه لا أثر لغير المحرمات وإن أبطلت الشهادة ؛ كالأكل في الأسواق ونحوه ، ولا للمحرّم الذي لا يبطل^(١) ؛ كالصغيرة من غير إصرار ، وهو كذلك ، وقيل : يشترط قبول الشهادة .

قوله : (ولا يندر) أي : الصلاح في المال : ألا يندر .

قوله : (بأن يضيع المال باحتمال غبن فاحش في المعاملة ، أو رميه في بحر ، أو إنفاقه في محرم) تبين للتبذير ؛ لأنه يدل في الأولين على قلة العقل ، وفي الثاني والثالث على قلة الدين ، ولا يؤمن على ماله إلا ذو عقل ودين ، ولا فرق في هذا بين القليل والكثير .

فقوله : (أو إنفاقه) محمول على جنس المال .

(١) وعبرة « النجم الوهاج » (٤٠٤/٤) : (. . . لا يبطل العدالة) .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّ صَرْفَهُ فِي الصَّدَقَةِ وَوُجُوهِ الْخَيْرِ وَالْمَطَاعِمِ وَالْمَلَابِسِ الَّتِي لَا تَلِيقُ بِحَالِهِ لَيْسَ بِتَبْذِيرٍ .

قوله : (والأصح : أن صرفه في الصدقة ، ووجوه الخير ، والمطاعم ، والملابس التي لا تليق بحاله . . ليس بتبذير) ذكر مسألتين ؛ الأولى : الصرف في وجوه الخير لا يكون تبذيراً ؛ لأن فيه غرضاً ، وهو الثواب ، وكذلك ما فيه اكتساب محمداً في الدنيا ؛ كالضيافات والهدايا .

وقال الشيخ أبو محمد : إن بلغ وهو يفرط بالإنفاق في ذلك . . فهو مبذر ، وإن طرأ بعد ما بلغ مقتصدًا . . لم يكن تبذيراً ، وانفرد بهذا^(١) .

وإطلاق الكتاب يوهم : أن الخلاف يجري في الطارئ والمقارن .

وذكر (وجوه الخير) بعد (الصدقة) من ذكر العام بعد الخاص ، ففيه تكرير ، والاقتصار على الثاني كاف .

الثانية : الصرف في الملاذ التي لا تليق بحاله ليس تبذيراً عند الأكثرين ؛ لأن المال يقصد لينتفع به ويلتذ ، وقال الإمام والغزالي : هو تبذير ، واختاره السبكي ، وقد جزم الرافعي في (قسم الصدقات) تبعاً للقاضي حسين والغزالي : أن السرف في الإنفاق معصية^(٢) ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا بُذْرَ تَبْذِيرًا ﴾ [الإسراء : ٢٦] .

وجمع ابن العماد بأن المذكور هنا في إنفاق الإنسان من مال نفسه ، وفيه الخلاف ، والذي هناك فيمن يقترض أموال الناس ويبسط فيها وهو لا يرجو الوفاء من سبب ظاهر ، بل من الزكاة ، قال : وهو حرام لا شك فيه .

(١) حكاه عنه الإمام في « نهاية المطلب » (٤٣٨ / ٦) .

(٢) نهاية المطلب (٤٣٨ / ٦) ، الوسيط (٣٠٨ / ٢) ، الشرح الكبير (٣٩١ / ٧) .

وَيُخْتَبَرُ رُشْدُ الصَّبِيِّ ، وَيُخْتَلَفُ بِالْمَرَاتِبِ ، فَيُخْتَبَرُ وَلَدُ التَّاجِرِ : بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالْمُمَاكَسَةِ فِيهِمَا .

وَوَلَدُ الزَّرَّاعِ : بِالزَّرَاعَةِ وَالنَّفَقَةِ عَلَى الْقَوَامِ بِهَا .
وَالْمُحْتَرَفُ : بِمَا يَتَعَلَّقُ بِحِرْفَتِهِ .

قوله : (ويختبر رشد الصبي) لقوله تعالى : ﴿ وَأَبْلُوا آلَئِنَّكُمْ ﴾ [النساء : ٦] الآية ، والابتلاء : الاختبار - ذكراً كان أو أنثى - في الدين والمال ، فإن ظهر قيامه بالواجبات ، واجتنابه للمنهيات . . فرشيد في دينه ، وإلا . . فلا .

واستغنى عن التصريح به ؛ لظهوره ، ونص على الاختبار في المال ؛ لكونه ليس في يده ؛ فقال :

(ويختلف بالمراتب ، فيختبر ولد التاجر : بالبيع والشراء والمماكسة فيهما) هذه العبارة تقتضي : صحة البيع والشراء منه ، وسيأتي تصحيحه للمنع ، فلو قال : (بالمماكسة في البيع والشراء) . . لكان أصوب .

والمماكسة : النقصان عما طلبه البائع ، وقال الجوهري : مكس في البيع يمكس - بالكسر - مكساً ، وماكس مماكسة^(١) .

قوله : (وولد الزراع : بالزراعة والنفقة على القوام بها) أي : بالزراعة من أجراء وعبيد ودواب .

والزراع بتشديد الراء : هو المكثر للزرع .

قوله : (والمحترف : بما يتعلق بحرفته) أي : فيختبر ولد الخياط مثلاً بتقدير الأجرة ، وصون الثوب المسلم إليه ونحو ذلك .

والحرفة : الصنعة .

(١) الصحاح (ص : ٩٩٨) .

وَالْمَرْأَةُ : بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالْغَزْلِ وَالْقُطَنِ ، وَصَوْنِ الْأَطْعِمَةِ عَنِ الْهَرَّةِ وَنَحْوِهَا .

وَيُشْتَرَطُ تَكَرُّرُ الْاِخْتِبَارِ مَرَّتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ .
وَوَقْتُهُ : قَبْلَ الْبُلُوغِ ، وَقِيلَ : بَعْدَهُ .

قوله : (والمرأة : بما يتعلق بالغزل والقطن ، وصون الأطعمة عن الهرة ونحوها) أي : كالفأرة والدجاجة ، وكذلك تقدير المصروف ، وما أشبه ذلك من مصالح البيت .

والغزل : يطلق على المغزول ، والظاهر : أن المصنف إنما أراد المصدر ، وأراد بالقطن مؤنته وتهيئته .

فرع : ولد الأمير ونحوه ؛ ممن يسان عن الأسواق . . يدفع إليه نفقة أيام أو شهر ، وينظر تصرفه في ذلك .

قوله : (ويشترط تكرار الاختبار مرتين أو أكثر) لأنه قد يصيب في المرة الواحدة اتفاقاً ؛ فلا بد من زيادة بحيث تفيد غلبة الظن برشده ، واشترط الماوردي تكرره ثلاثاً^(١) .

قوله : (ووقته : قبل البلوغ) لأن الآية الكريمة^(٢) جعلت البلوغ غاية ، فدل على أنه يكون قبله ، ولقوله : ﴿ أَلْيَنَمَى ﴾ و « لَا يُتَمَّ بَعْدَ الْبُلُوغِ »^(٣) .

قوله : (وقيل : بعده) لأن الاختبار بالتجارة ، وقد صرح به صاحب

(١) الحاوي الكبير (١٣ / ٨) .

(٢) وهي قوله تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ [النساء : ٦] .

(٣) أخرجه أبو داود (٢٨٧٣) عن علي رضي الله عنه ، وراجع « التلخيص الحبير » (٢٢٠ / ٣) .

فَعَلَى الْأَوَّلِ الْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَصِحُّ عَقْدُهُ ، بَلْ يُمْتَحَنُ فِي الْمُمَاكَسَةِ ، فَإِذَا أَرَادَ الْعَقْدَ . . عَقَدَ الْوَلِيَّ .

فَلَوْ بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ . . دَامَ الْحَجَرُ .

« الاستقصاء » لكن الجمهور أطلقوه .

قوله : (فعلى الأول : الأصح : أنه لا يصح عقده ، بل يمتحن في المماكسة ، فإذا أراد العقد . . عقد الولي) أي : من يلي أمره من عصابة أو حاكم أو وصي ، والثاني : أنه يصح ؛ للحاجة .

وعلى الوجهين : يعطيه الولي شيئاً من المال ، ولو تلف في يده . . لم يضمه .

قوله : (فلو بلغ غير رشيد) أي : لاختلال صلاح الدين أو المال (. . دام الحجر) لمفهوم الآية .

والإيناس^(١) : هو العلم ، وأصله : الإبصار . وقيل : إذا بلغ مصلحاً لماله . . انفك الحجر عنه وإن كان فاسقاً .

وحيث دام الحجر . . فيتصرف من كان يتصرف قبل البلوغ .

وقوله : (دام الحجر) أي : الجنس ؛ فإن الحجر المعهود - وهو حجر الصبي - ينقطع بالبلوغ ؛ كما تقدم^(٢) ، قاله الإسنوي .

وقال السبكي : حمله على المعهود يقتضي : أن الحجر يدوم لمن كان له أب أو جدّ أو وصيّ أو حاكم^(٣) ، والحاكم لا خلاف فيه ، وهو الصحيح في

(١) أي : الذي في الآية .

(٢) أي : آنفاً في قول المتن : (وحجر الصبي يرتفع ببلوغه رشيداً) .

(٣) وفي (أ) : (له أباً أو جدّاً أو وصيّاً أو حاكماً . .) ، عبارة « النجم الوهاج » (٤٠٩ / ٤) =

وَإِنْ بَلَغَ رَشِيداً. . انْفَكَ بِنَفْسِ الْبُلُوغِ وَأُعْطِيَ مَالَهُ ، وَقِيلَ : يُشْتَرَطُ فَكُّ الْقَاضِي ،

الأب والوصي ، قال : وكلامه يقتضي أيضاً سواء حُمِلَ على المعهود أو على الجنس : أن المهمل محجور عليه ، وهو : من بلغ سفيهاً ولم يحجر عليه وصي ولا حاكم ، وقد قال البويطي والشيخ أبو علي والماوردي : إن تصرفه نافذ ، ونقل الإمام عن الأصحاب خلافه ، وهو الصحيح ؛ لوجود السفه^(١) ، ولا نعلم للشافعي فيه نصّاً .

قوله : (وإن بلغ رشيداً. . انفك بنفس البلوغ وأعطى ماله) أي : سواء كان ذكراً أو أنثى ؛ لأنه حجر لم يثبت بالحاكم ، فلم يتوقف ارتفاعه عليه ؛ كحجر الجنون ، وللشافعي في الإشهاد عليه عند الدفع احتمالان في الاستحباب والوجوب^(٢) ، حكاه الزركشي .

قوله : (وقيل : يشترط فك القاضي) لاحتياجه إلى نظر واجتهاد ، وقال الرافعي : والمفرعون على هذا قالوا : ينفك بفك الأب والجد ، وفي الوصي والقيم وجهان^(٣) ، قال السبكي : فإن تنازع الابن والأب أو الجد في الرشد. . فلا بد من ثبوته ، والقول قول الأب أنه ليس برشيد ، إلا أن يكون الابن ظاهر الرشد .

= (والمراد : دام جنس الحجر ، وإلا. . فحجر الصبي زال بالبلوغ وخلفه حجر السفه ، ولكن لما اتصل السفه بالصبي. . كان بمثابة تمادي الصبا ، ولهذا كان ناظراً في أمره من كان ناظراً في أمر الصبي ؛ من أب أو جد أو وصي أو حاكم وإن كان النظر في أمر السفه مختصاً بالحاكم) .

(١) مختصر البويطي (ص : ٧٣٦) ، الحاوي الكبير (١١ / ٨) ، نهاية المطلب (٤٤١ / ٦) .

(٢) راجع « الأم » (١٨٢-١٧٩) ، (٤٥٧ / ٤) .

(٣) الشرح الكبير (٧٤ / ٥) .

فَلَوْ بَذَرَ بَعْدَ ذَلِكَ . . حُجِرَ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ : يَعُودُ الْحَجَرُ بِلاَ إِعَادَةٍ ، وَلَوْ فَسَقَ . . لَمْ يُحَجَرَ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ

قوله : (فلو بذر بعد ذلك . . حجر عليه) أي : أعيد عليه الحجر ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾ [النساء : ٥] والمراد : أموالهم ؛ لقوله : ﴿ وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ ﴾ [النساء : ٥] .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « خُذُوا عَلَى أَيْدِي سُفَهَائِكُمْ » . رواه الطبراني بسند صحيح^(١) .

والذي يعيده القاضي على الصحيح ؛ لأنه في محل الاجتهاد ، وإنه يلي أمره .

قوله : (وقيل : يعود الحجر بلا إعادة) كما لو جن ، ولو عاد أيضاً رشيداً . . فعلى الصحيح : لا يرتفع إلا برفع القاضي .

قوله : (ولو فسق . . لم يحجر عليه في الأصح) قال في « الروضة » : لو عاد الفسق دون التبذير . . لم يعد الحجر قطعاً ، ولا يعاد أيضاً على المذهب ؛ لأن الأولين لم يحجروا على الفسقة^(٢) ، ويخالف الاستدامة ؛ لأن الحجر ثبت هناك والإطلاق ثبت هنا ، والأصل : بقاء كل منهما ، فلا يرتفع الأول إلا بيقين الرشد ، ولا يرتفع الثاني إلا بيقين التبذير .

والثاني : يحجر عليه كما يستدام به .

والخلاف إذا قلنا : إن الفسق في الابتداء يقتضي إدامة الحجر عليه ، فإن قلنا : يكفي صلاح المال . . فلا حجر قطعاً ، فحصل طريقان أشار إليهما في

(١) المعجم الكبير (٩٢/٢١) ، وأخرجه البيهقي في « شعب الإيمان » (٧١٧٠) ، والبغوي في « شرح السنة » (٤١٥٢) عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما .

(٢) روضة الطالبين (٤١٦/٣) .

وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِسَفِهِ طَرَأَ . . . فَوَلِيَّهُ الْقَاضِي ، وَقِيلَ : وَلِيَّهُ فِي الصَّغَرِ .
 وَلَوْ طَرَأَ جُنُونٌ . . . فَوَلِيَّهُ وَلِيَّهُ فِي الصَّغَرِ ، وَقِيلَ : الْقَاضِي .
 وَلَا يَصِحُّ مِنَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِسَفِهِ بَيْعٌ وَلَا شِرَاءٌ وَلَا إِعْتَاقٌ وَهَبَةٌ وَنِكَاحٌ
 بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيَّهِ ،

« الروضة » بالمذهب^(١) ، نبه عليه الزركشي .

قوله : (ومن حجر عليه لسفه طراً . . فوليّه القاضي ، وقيل : وليه في الصغر) ومحلّهما - كما قال الرافعي - ما إذا قلنا : الحجر يعود بلا إعادة ، أما إذا قلنا : يعيده القاضي . . فهو الذي يليه بلا خلاف^(٢) .

ونقل الروياني عن الشافعي : أنه يستحب للحاكم إذا حجر عليه : أن يرد أمره إلى الأب والجد ، وإلا . . فالعصبة ؛ لأنهم أشفق^(٣) .

والسفه : الخفة والحركة ، والمراد به : سوء التصرف ، تقول : سفّه - بكسر الفاء - سفهاً وسفاهة وسفاهاً .

قوله : (ولو طراً جنون . . فوليّه وليه في الصغر ، وقيل : القاضي) والفرق على الأصح : أن السفه وزواله مجتهد فيه ؛ فاحتاج إلى الحاكم ، بخلاف الجنون .

قوله : (ولا يصح من المحجور عليه لسفه بيع ولا شراء ولا إعتاق وهبة ونكاح بغير إذن وليه) لأنه إتلاف أو مظنة للإتلاف ، سواء كان البيع والشراء على العين أم في الذمة ، بغبطة أو غيرها ، زاد الزركشي : لنفسه أو لغيره ،

(١) روضة الطالبين (٤١٦/٣) .

(٢) الشرح الكبير (٧٦/٥) ، قوله : (ومحلّهما) أي الوجهين .

(٣) بحر المذهب (٣٩٩/٥) .

.....

قال : وقطع الإمام في (كتاب النكاح) بصحة شرائه في المخمصة^(١) . انتهى

ولا فرق في العتق بين أن يكون مجاناً أو بعوض ؛ كالكتابة ونحوها .

ولو لزمه كفارة يمين أوظهار . . صام كالمعسر ؛ لثلا يضيع ماله ، بخلاف

كفارة القتل . . فإن الأصح : أن الولي يعتق عنه فيها .

والمراد بالهبة : أن يهب شيئاً من ماله ، أما قبوله الهبة والوصية . . فكلام

الرافعي يقتضي : أنه لا يصح ، وجزم الماوردي والجرجاني بالصحة ، وقال

الإمام : إنه الذي عليه الأكثر ، واختاره السبكي ، وصحح المصنف الصحة

في الهبة ، وقال الماوردي : لا يجوز تسليمهما إليه ، فإن سلم فاستهلكه . .

غرم من أقبضه الوصية ، دون الهبة^(٢) ، قال السبكي : والذي يظهر ؛ كما قاله

ابن الرفعة : أن قبضه للهبة يصح إذا كان هناك من ينزعها منه عقب قبضها من

ولي أو حاكم .

والمراد بالنكاح : قبوله ، وأما كونه ولياً . . فيمتنع بإذن وبغيره .

وقوله : (بغير إذن وليه) قال الإسنوي : يعود إلى النكاح خاصة ؛ فإنه

الذي يصح بالإذن ، وأما الإعتاق والهبة . . فباطلان بلا خلاف ، وكذا البيع

ونحوه على الصحيح .

قال السبكي : جعله عائداً إلى الجميع أولى من جعله خاصاً بالنكاح ؛ لأنه

بالتخصيص يكون قد ذكر التصرف المالي مرتين مرة جازماً بمنعه ، ومرة حاكياً

الخلاف فيه ، ويكون ذكر النكاح مرتين ؛ مرة بالمفهوم ومرة بالمنطوق ، وقال

(١) نهاية المطلب (٥٧/١٢) .

(٢) الشرح الكبير (٧٨/٥) ، الحاوي الكبير (٢١/٨) ، نهاية المطلب (٤٤٢/٦) ، روضة

الطالبين (٤١٨/٣) .

فَلَوْ اشْتَرَى أَوْ اقْتَرَضَ وَقَبَضَ وَتَلَفَ الْمَأْخُودُ فِي يَدِهِ ، أَوْ أَتْلَفَهُ . . فَلَا ضَمَانَ فِي الْحَالِ ، وَلَا بَعْدَ فَكِّ الْحَجَرِ ، سَوَاءٌ عَلِمَ حَالَهُ مَنْ عَامَلَهُ أَوْ جَهَلَ .

في تخصيص التقييد بالإذن في^(١) النكاح ؛ لأن الإعتاق والهبة لا يصحان منه بلا خلاف ، لا بالإذن ولا بغيره .

والقطع بمنع إعتاقه . . محله : في غير مرض الموت ؛ فإن مرض ثم أعتق ومات منه . . فوجهان في « الحاوي » ، ولو وكل في العتق . . فمقتضى كلام الرافعي : أن الأصح : أنه لا يصح ، قال : والظاهر : جريان هذا الخلاف أذن الولي أو لم يأذن^(٢) .

فرع : الأصح : صحة وصية السفیه وتدبيره وقبوله النكاح لغيره بغير إذن وليه .

قوله : (فلو اشترى أو اقترض وقبض وتلف المأخوذ في يده أو أتلفه . . فلا ضمان في الحال ، ولا بعد فك الحجر ، سواء علم حاله من عامله أو جهل) نقله الروياني عن النص ، لأن الذي عامله فرط وقد سلطه على إتلافه بإقباضه ، وقيل : إذا أتلفه . . يضمه بعد رفع الحجر ، وفي اللزوم فيما بينه وبين الله تعالى وجهان من غير تفصيل بين التلف والإتلاف ، واختار الروياني : اللزوم إذا أتلف وكان البائع جاهلاً^(٣) .

فإن قبضه السفیه بغير إذن البائع ، أو أقبضه البائع وهو صبي أو محجور عليه . . ضمنه بالقبض قطعاً ، وهو وارد على إطلاقه .

ولا خلاف أنه إذا كانت العين في يده . . يجب ردها ، ويجب على وليه

(١) من قوله : (يكون ذكر . . .) إلى (بالإذن في) غير موجود في (أ) .

(٢) الحاوي الكبير (٢١ / ٨) ، الشرح الكبير (٧٧ / ٥) .

(٣) بحر المذهب (٣٩٤ / ٥) ، مختصر المزني (ص : ١٥٠) .

وَيَصِحُّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ نِكَاحُهُ ، لَا التَّصَرُّفُ الْمَالِيُّ فِي الْأَصَحِّ .

استرداد الثمن إن كان أقبضه .

قوله : (ويصح بإذن الولي نكاحه) ذكرها المصنف بشروطها في (النكاح)^(١) ، وقيل : لا يصح ولو أذن .

قوله : (لا التصرف المالي في الأصح) كما لو أذن لصبي ، والثاني : يصح ؛ كالنكاح ، وقال الإمام : إنه المذهب^(٢) ، وهذا إذا عين الولي قدر الثمن ، فإن لم يعينه . . لم يصح قولاً واحداً ، صرح به القاضي حسين وغيره . وإطلاق المصنف يقتضي : الخلاف في كل تصرف مالي ، ولا خلاف في عدم صحة الهبة والعتق والكتابة مع الإذن ، وقد يجاب : بأن المفهوم ليس عاماً ، فإذا ثبتت الصحة في بعضها على وجه . . صدق الكلام ، وأيضاً إذا وكله غيره فيها . . يجري الخلاف ، ويكفي^(٣) في تصحيح الإطلاق .

فروع : يستثنى من كلام المصنف : إذا وجب على السفية قصاص فصالح على الدية أو أكثر منها . . لم يكن للولي منعه ، صرح به الغزالي^(٤) .

ويصح منه عقد الذمة بدينار بلا خلاف ، وبأزيد على رأي القاضي حسين والغزالي .

وله العفو عن القصاص الواجب له على مال ، وكذا على غير مال على المذهب .

(١) أي : في (فصل تزويج المحجور عليه) عند قول المتن : (ومن حجر عليه بسفه . . .) إلخ .

(٢) نهاية المطلب (١٢/٥٦) و(١٢/٥٠-٥١) .

(٣) عبارة « النجم الوهاج » (٤/٤١٧) : (وهذا كاف . . .) .

(٤) الوسيط (٤/٢٠٠) .

وَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِدَيْنٍ قَبْلَ الْحَجْرِ أَوْ بَعْدَهُ ، وَكَذَا بِإِتْلَافِ مَالٍ فِي الْأَظْهَرِ ، وَيَصِحُّ بِالْحَدِّ وَالْقَصَاصِ ، وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ وَظَهَارُهُ ، وَنَفْيُهُ النَّسَبِ بِلِعَانٍ .

قوله : (ولا يصح إقراره بدین قبل الحجر أو بعده) أي : بدین معاملة أسنده إلى ما قبل الحجر أو إلى ما بعده ؛ قياساً على الصبي ، وقيل : يقبل إذا أسنده إلى ما قبل الحجر ، وكذا لا يصح إقراره بعین في يده .

قوله : (وكذا بإتلاف مال في الأظهر) كدین المعاملة ، والثاني : يقبل ؛ لأنه لو أنشأ الغصب أو الإتلاف . . ضمن ، فإذا أقربه . . قبل .

وعلى الأول : لا يؤاخذ به بعد فك الحجر ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى . . فيجب عليه بعد فك الحجر أدائه إذا كان صادقاً ، نص عليه الشافعي^(١) والأصحاب .

قوله : (ويصح بالحد والقصاص) لأنه لا تعلق لهما بالمال ، فإذا كان الحد سرقة . . قطع ، وفي ثبوت المال قولان .

ولو أقر بقصاص فعفا المستحق على مال . . ثبت^(٢) على الصحيح ؛ لأنه يتعلق باختيار غيره ، لا بإقراره .

قوله : (وطلاقه وخلعه وظهاره ونفيه النسب بلعان) لأن هذه الأمور ما عدا الخلع لا تعلق لها بالمال .

وأما الخلع . . فلأن له أن يطلق مجاناً ، ولا فرق بين أن يخالع بمهر المثل أو أقل ، ولا يصح قبضه بغير إذن الولي ، ولا يبرأ الدافع ، ويصح بالإذن في الأصح .

(١) راجع « الأم » (٤ / ٤٣٧-٤٣٨) .

(٢) أي : المال . راجع « عمدة المحتاج » (٧ / ٣١٧) .

وَحُكْمُهُ فِي الْعِبَادَةِ كَالرَّشِيدِ ، لَكِنْ لَا يُفَرِّقُ الزَّكَاةَ بِنَفْسِهِ ، وَإِذَا أَحْرَمَ بِحَجِّ فَرَضٍ . . . أُعْطِيَ الْوَلِيُّ كِفَايَتَهُ لِثِقَةِ يُنْفِقُ عَلَيْهِ فِي طَرِيقِهِ .

وقوله : (وطلاقه . . .) إلى آخره معطوف على الضمير في قوله :
(ويصح) أي : ويصح إقراره وطلاقه .

ولا حاجة لتقييد نفي النسب باللعان ؛ لأن له نفيه من أمته بالحلف من غير لعان .

وإذا أقر بنسبه . . . لحقه ، وينفق عليه من بيت المال ، وقيل : من ماله ،
زاده الزركشي .

قوله : (وحكمه في العباداة) أي : الواجبة^(١) (كالرشيد) لاجتماع
الشرائط فيه ، أما المالية التي ليست واجبة ؛ كصدقة التطوع وغيرها . . . فليس
هو فيها كرشيد .

قوله : (لكن لا يفرق الزكاة بنفسه) لأنه تصرف مالي .

قال السبكي : وينبغي إذا أذن له الولي : أن يكون على الخلاف
السابق^(٢) ، وقال الزركشي : فإن أذن الولي . . . فعن القاضي والبعوي :
الجواز ؛ لأنه لو وكله فيها أجنبي . . . جاز ، قال الروياني : لكن يشترط تعيين
المدفوع إليه . انتهى

ولا فرق بين زكاة المال وزكاة الفطر ، وينوي الولي ويفرقها .

قوله : (وإذا أحرم بحج فرض . . . أعطى الولي كفايته لثقة ينفق عليه في
طريقه) أي : إذا لم يسافر معه ؛ خوفاً من تفريطه ، وحكى الزركشي عن

(١) ومراده : العباداة الواجبة مالية كانت أو بدنية النجم الوهاج (٤ / ٤١٨) .

(٢) أي : آنفاً في شرح قول المتن : (بغير إذن وليه) .

وَأِنْ أَحْرَمَ بِتَطَوُّعٍ وَزَادَتْ مُؤْنَةُ سَفَرِهِ عَلَى نَفَقَتِهِ الْمَعْهُودَةِ . فَلِلْوَلِيِّ
مَنْعُهُ ،

القاضي والبلغوي : فإن لم يجد من يفعله إلا بأجرة . . استأجر عليه ، وفي
« الرافعي » في (الوصية) : أن الولي يدفع إلى السفه ما يرى فيه المصلحة من
نفقة أسبوع بأسبوع ، أو يوم بيوم^(١) ، قال في « المطلب » : فعلى هذا : يفعل
هو ومن يأتّمه في نفقة الحج ذلك إذا رآه .

ويؤخذ منه : أن من ينقضي نسكه في الأسبوع كالمكي يعطيه الولي النفقة
بكمالها .

وكلام المصنف يوهّم : أنه لا يجوز الإعطاء إلا بعد إحرامه ، وليس
كذلك ، بل إذا قصده وآخر الإحرام إلى الميقات . . أعطي بلا شك .

ولا فرق في الفرض بين حجة الإسلام ، والقضاء والنذر الواجبين قبل
الحجر ، والمنذورة بعده . . كذلك إن سلطنا بالمنذور مسلك الواجب ، وفي
نفقة القضاء الواجب في الحجر وجهان من غير ترجيح .

وكان الأولى : التعبير بالنسك ؛ لتدخل العمرة .

وقوله : (لثقة) الصواب : حذف اللام ؛ لأن (أعطى) يتعدى إلى اثنين
بنفسه^(٢) .

قوله : (وإن أحرم بتطوع وزادت مؤنة سفره على نفقته المعهودة . . فللولي
منعه) اتفقوا على صحة إحرامه بحج التطوع ؛ كالعبد ، بخلاف الصبي المميز
حيث لا يصح في الأصح .

(١) الشرح الكبير (٢٨٣ / ٧) .

(٢) قال في « تحفة المحتاج » (٣٠٩ / ٥) : (اللام فيه للتقوية ؛ لعتدي « أعطى » لمفعوليه
بنفسه) .

وَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ كَمُحْصَرٍ فَيَتَحَلَّلُ .

قُلْتُ : وَيَتَحَلَّلُ بِالصَّوْمِ إِنْ قُلْنَا : لِدَمِ الْإِحْصَارِ بَدَلٌ ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ الْمَالِ ، وَلَوْ كَانَ لَهُ فِي طَرِيقِهِ كَسْبٌ قَدَّرَ زِيَادَةَ الْمُؤْنَةِ . . لَمْ يَجْزُ مَنَعُهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فَإِنْ لَمْ تَزِدْ مُؤْنَةَ سَفَرِهِ عَلَى نَفَقَةِ الْحَضَرِ . . فَالْإِحْرَامُ لَازِمٌ ، وَإِنْ زَادَتْ وَلَا كَسْبَ لَهُ فِي الطَّرِيقِ يَفِي بِالزَّائِدِ . . لَمْ يَعْطِهِ الْوَلِيُّ الزَّائِدَ .

وظاهر كلام المصنف والرافعي : أَنَّهُ يَمْنَعُهُ السَّفَرُ ، وَتَعْضُدُهُ عِبَارَةُ الْبَنْدَنِجِيِّ وَالْقَاضِي حُسَيْنٍ وَجَمَاعَةٍ : أَنَّ لِلْوَلِيِّ تَحْلِيلَهُ ، لَكِنْ فِي كَلَامِ الشَّافِعِيِّ : أَنَّهُ لَيْسَ لِلْوَلِيِّ تَحْلِيلَ الْمَوْلَى عَلَيْهِ ، وَلَا لِلْوَالِدِ تَحْلِيلَ الْوَلَدِ^(١) . وَيَنْبَغِي : أَنْ يَكُونَ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَانِ ؛ أَصْحَهُمَا : لَهُ مَنَعُهُ ، قَالَ السَّبْكِ يَعْني : مَخْرَجَانِ .

قَوْلُهُ : (وَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ ؛ كَمُحْصَرٍ فَيَتَحَلَّلُ) لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ ، وَالثَّانِي : فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : هَذَا ، وَالثَّانِي : أَنَّهُ كَمَنْ فَقَدَ الزَّادَ وَالرَّاحِلَةَ لَا يَتَحَلَّلُ^(٢) إِلَّا بِلِقَاءِ الْبَيْتِ .

(قُلْتُ : وَيَتَحَلَّلُ بِالصَّوْمِ إِنْ قُلْنَا : لِدَمِ الْإِحْصَارِ بَدَلٌ ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ الْمَالِ) أَيِ : وَهُوَ الصَّحِيحُ .

قَوْلُهُ : (وَلَوْ كَانَ لَهُ فِي طَرِيقِهِ كَسْبٌ قَدَّرَ زِيَادَةَ الْمُؤْنَةِ . . لَمْ يَجْزُ مَنَعُهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) لِأَنَّ الْإِتِمَامَ بَدُونِ التَّعَرُّضِ لِلْمَالِ مُمْكِنٌ .

وَجَمِيعُ مَا ذَكَرَ فِي الْحَجِّ جَارٍ فِي الْعُمْرَةِ .

(١) روضة الطالبين (٣/ ٤٢٠) ، الشرح الكبير (٥/ ٧٩) ، الأم (٣/ ٢٧٧) في (الحج) .

(٢) وفي (أ) قوله : (لأنه ممنوع...) إلى (لا يتحلل) غير موجود .

فصل

وَلِيُّ الصَّبِيِّ : أَبُوهُ ، ثُمَّ جَدُّهُ ، ثُمَّ وَصِيَّهِمَا ، ثُمَّ الْقَاضِي .

(فصل)

[فيمن يلي الصبي مع بيان كيفية تصرفه في ماله]

(ولي الصبي : أبوه) للإجماع إن كان ثقة أميناً (ثم جده) أي : أبو الأب وإن علا ، والصحيح : أنه يكتفى بالعدالة الظاهرة فيهما .

نعم ؛ إذا فسقا . . نزع القاضي المال منهما .

قال السبكي : لا خلاف في اشتراط إسلام الأب إذا كان الولد مسلماً ، فإن كان كافراً . . فالأصح : عدم الاشتراط ، وصحح في « الذخائر » تبعاً للإمام : ولاية الكافر على مال طفله الكافر^(١) ، ويعضده مسألة وصية الذمي إلى الذمي على أطفاله الذميين .

قوله : (ثم وصيهما) أي : وصي أحدهما ، وهو آخرهما موتاً (ثم القاضي) لأنه ولي من لا ولي له ، وفي الحديث : « السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ »^(٢) . فهو الأصل ؛ لعموم ولايته ، وولاية القاضي تعم الأمور الشرعية .

فرع : قال الجرجاني : إذا لم يوجد واحد من الأولياء والحاكم . . وجب على المسلمين النظر في مال الصبي والمجنون ، وتولي حفظه لهما ، حكاة الزركشي .

(١) نهاية المطلب (٣٥٢ / ١١) .

(٢) أخرجه ابن حبان (٤٠٧٤) ، والحاكم (١٦٨ / ٢) ، وأبو داود (٢٠٨٣) ، وأحمد (٢٥٩٦٣) عن عائشة رضي الله عنها .

وَلَا تَلِي الْأُمُّ فِي الْأَصَحِّ .
وَيَتَصَرَّفُ الْوَلِيُّ بِالْمَصْلَحَةِ ، وَيَبْنِي دُورَهُ بِالطِّينِ وَالْأَجْرُ لَا اللَّبَنِ
وَالْجَصْرُ ،
.....

قوله : (ولا تلي الأم في الأصح) كالنكاح ، والثاني : أنها تلي بعد الأب
والجد ، وتُقدَّم على وصيهما ؛ لكمال شفقتها .

والمجنون ومن بلغ سفيهاً . كالصبي في ترتيب الأولياء .

قوله : (ويتصرف الولي بالمصلحة) لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ
إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ [الأنعام : ١٥٢] فيجب على الولي أن يستنمي ماله قدر ما لا
تأكله النفقة والمؤن إن أمكن ، ولا يلزمه المبالغة .

فلو ترك ورق الفِرْصاد حتى فات وقته . ففي الرافعي عن « فتاوي
القفال » : أنه يضمن^(١) .

واتفقوا على تضمينه إذا ترك الدواب بلا سقي ولا علاف حتى تلفت ، وأنه
لا يضمن إذا ترك تلقيح الثمرة .

ولو ترك إجارة العقار أو عمارته حتى تلف مع التمكن . . أثم ، وفي
الضمان وجهان .

ويجوز أن يشتري له العقار ، بل هو أولى من التجارة إذا كان البائع ثقة ،
ولم يكن في موضع قد أشرف على الخراب ولا ثقل الخراج ، ولا في زمن
جور ، وإلا . . لم يجز ، وقال الماوردي : إن لم يحصل له من ريعه الكفاية ،
فالتجارة أولى عند الأمن والعدل^(٢) .

قوله : (ويبني دوره بالطين والآجر لا اللبن والجص) لأن الآجر يبقى في

(١) الشرح الكبير (٣٢٤ / ٧) في آخر (الوديعة) .

(٢) الحاوي الكبير (٣٢٣ / ٦) .

وَلَا يَبِيعُ عَقَارَهُ إِلَّا لِحَاجَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ ،

العمارة ، والطين قليل المؤنة ، واللبن إذا تهدم يصير تراباً ، والجص هو الجبس كثير القيمة ولا ينتفع به إذا تهدم ويفسد الآجر .

وعبارة « الشرح » : (أو الجص) بـ (أو) وهي أحسن ؛ لأنها تقيد منعهما مجتمعين ، ومنع اللبن مع الطين ، ومنع الآجر مع الجص .

وذكر الروياني : أن كثيراً من الأصحاب جوزوا البناء على عادة البلد ، قال : وهو الاختيار ، ونسب السبكي اختياره إلى الماوردي أيضاً^(١) .

قوله : (ولا يبيع عقاره إلا لحاجة) أي : مثل النفقة والكسوة إذا لم يجد من يقرضه ، أو يخاف عليه الخراب ، أو يحتاج إلى عمارته .

قوله : (أو غبطة ظاهرة) مثل أن يكون ثقل الخراج ، أو يرغب شريك أو جار فيه بأكثر من ثمن مثله وهو يجد مثله ببعض ذلك الثمن .

وفي « المهمات » : أن وجدان مثله ببعض الثمن ليس للتقييد ، بل لو وجد خيراً منه بذلك الثمن . . . كان كذلك ، صرح به الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وجماعة ، قال : فإن وجد مثله بمثله . . فالمتجه : المنع^(٢) .

قال ابن العماد : المنصوص في نظيره : أنه لا يجوز للولي أن يبيع من ماله صاعاً بصاع ؛ لأنه عبث .

وتقييد الرافعي بالوجدان^(٣) يقتضي : أنه لا يبيع إلا بعد البحث عن الخير والأولى ؛ كما أن التيمم لا يجوز إلا بعد الطلب والبحث .

(١) بحر المذهب (٧٦/٥) ، الحاوي الكبير (٣٢٣/٦) .

(٢) المهمات (٤٤٠/٥) .

(٣) الشرح الكبير (٨١/٥) .

وَلَهُ يَبِيعُ مَالَهُ بِالْعَرَضِ وَنَسِئَةً لِلْمَصْلَحَةِ ، وَإِذَا بَاعَ نَسِئَةً . . أَشْهَدَ وَارْتَهَنَ
بِهِ ،

وحكم الأواني المعدة للقنية حكم العقار ، وما عداهما لا يجوز أيضاً بيعه
إلا لحاجة أو غبطة ، لكن يجوز لحاجة يسيرة وربح قليل .

فإن طلب بغبطة فلم يبيعه لتوقع زيادة فتلف . . لم يضمن .

قوله : (وله بيع ماله بالعرض^(١) ونسيئة للمصلحة) هو قيد فيهما ،
والمصلحة في العرض : أن يكون فيه ربح ، وفي النسيئة : أن يكون بزيادة ،
أو يخاف عليه من نهب أو غارة .

قوله : (وإذا باع نسيئة . . أشهد وارتهن به) أي : أشهد على البيع وارتهن
بالثمن رهناً وافيأ به ، فإن ترك أحدهما . . بطل البيع في الأصح .

واشترط الماوردي والصيمري وغيرهما : أن يكون المشتري موسراً ،
ثقة ، مع الرهن ، ويكون الأجل قصيراً على العرف^(٢) ، ولا يكتفي بالكفيل
عن الرهن .

وهذا في غير الأب والجد ؛ فإن باع أحدهما مال الولد من نفسه بالنسيئة . .
لم يحتج إلى الارتهان ، وصرح القاضي أبو الطيب والمتولي : بأن الولي إذا
باع بالنسيئة لأجل الخوف . . حكمه كما لو أقرضه في هذه الحالة ، وقد جزم
الرافعي : بأنه لا يجب الرهن فيه^(٣) ، فَيَرِدُّ عَلَى إِطْلَاقِهِ .

(١) كذا في (أ) و(ب) والمحرر (٥٩٩/١) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة :
(بعرض) .

(٢) الحاوي الكبير (٣٢٤/٦) .

(٣) الشرح الكبير (٨١/٥) . وفي (أ) من قوله : (لم يحتج . .) إلى (باع بالنسيئة) غير
موجود .

وَيَأْخُذُ لَهُ بِالشُّفْعَةِ أَوْ يَتْرُكُ بِحَسَبِ الْمَصْلَحَةِ ، وَيُزَكِّي مَالَهُ ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ .

قوله : (ويأخذ له بالشفعة أو يترك بحسب المصلحة) لأنه مأمور بفعلها ، وإذا أخذ أو ترك بالمصلحة لم يكن للمحجور نقضه بعد الرشد ، فإن ادعى ترك الشفعة من غير غبطة . . فحكمه حكم بيع العقار .

ولو استوى الأخذ والترك . . ف قيل : يجب الأخذ ، وقيل : يتخير الولي ، وقيل : يمنع ، قال الإسنوي : وهو مقتضى كلام الرافعي في (الشفعة)^(١) ، قال في « المطلب » : والنص يفهمه والآية تشهد له^(٢) .

قال الزركشي : احترز بقوله : (له) عما إذا كانت الشفعة للولي ؛ بأن باع شقصاً للطفل وهو شريك فيه . . فليس له الأخذ بالشفعة على الأصح ؛ لأنه لا يأمن التسامح في البيع ، فإن اشترى شقصاً للطفل وهو شريكه . . فله الأخذ على المشهور ؛ لعدم التهمة .

قوله : (ويزكي ماله) لقوله صلى الله عليه وسلم : « ابْتَغُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى لَا تَسْتَهْلِكُهَا الزَّكَاةُ »^(٣) .

(وينفق عليه بالمعروف) أي : وجوباً فيهما ، ولا يسرف في الإنفاق ولا يقتتر ؛ فإن أسرف . . ضمن .

وينفق عليه أجرة من يعلمه من القرآن ما يؤدي به الفرض ، ولو علمه جميع القرآن أو حرفة . . ففي الأجرة وجهان اختار السبكي : أنها في مال الصبي .

(١) الشرح الكبير (٥٤٧/٥) .

(٢) يعني بذلك : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ [الأنعام : ١٥٢] .

(٣) أخرجه الشافعي في « الأم » (٧٣/٣) مرسلأ ، والبيهقي في « الكبير » (٧٤١٣) عن يوسف بن ماهك رحمة الله عليه ، وقال : (هذا مرسل) .

.....

وينفق على عقاره ودوابه من يلزمه نفقته .

فرع : يجوز السفر بماله ؛ لضرورة حريق أو نهب ، ولا يسافر به إن كان الطريق مخوفاً ، والأصح : في الأمن الجواز .

وفي « زوائده » : أنه لا يسافر به في البحر إن كان مخوفاً ، وكذا إن غلبت السلامة على المذهب ، وإذا جاز له السفر به . . جاز بعثه مع أمين ، وليس للولي إقراض ماله إلا لضرورة نهب أو حريق أو سفر ، ويجوز للحاكم الإقراض مطلقاً على الأصح ، ولا يجوز الإيداع مع إمكان الإقراض على الأصح ، ويشترط في المودع الأمانة ، وفي المقرض الأمانة واليسار^(١) .

فرع : ليس للولي الغني أجرة ولا نفقة من مال الصبي ، ويأخذ الفقير إذا انقطع بسببه عن الكسب أقل الأمرين من قدر النفقة وأجرة المثل على الأرجح عند المصنف ، وحكي عن النص .

[هل عليه - أي : الفقير إذا أيسر - ضمان ما أخذه ؛ كالمضطر إذا أكل طعام الغير ، أم لا ؛ كالإمام إذا أخذ الرزق من بيت المال ؟ فيه قولان]^(٢) وفي « زوائده » : الأظهر لا ضمان ؛ لظاهر القرآن ، ولأنه^(٣) بدل عمله . كذا أطلق في « الروضة » الولي^(٤) وقال السبكي : الفقير إن كان أباً أو جداً فنفتهم على الصبي بالأبوة ، وغيرهما إن انقطع عن الكسب . . أخذ أقل الأمرين من

(١) روضة الطالبين (٤٢٦/٣) .

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من « روضة الطالبين » (٣٢٥/٣) لتستقيم العبارة ، وراجع « مغني المحتاج » (١٥٦/٣) .

(٣) والقرآن قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [النساء : ٦] .

(٤) لعل مراده ما في « روضة الطالبين » (٣٢٥/٣) : للولي أن يخلط ماله بمال الصبي ويؤاكلة .

فَإِنْ ادَّعَى الْوَلَدُ بَعْدَ بُلُوغِهِ عَلَى الْأَبِ وَالْجَدَّ بَيْعاً بِلَا مَصْلَحَةٍ . . صُدِّقَا بِالْيَمِينِ .

وَإِنْ ادَّعَاهُ عَلَى الْوَصِيِّ وَالْأَمِينِ . . صُدِّقَ هُوَ بِيَمِينِهِ .

قدر النفقة والأجرة على الصحيح المنصوص .

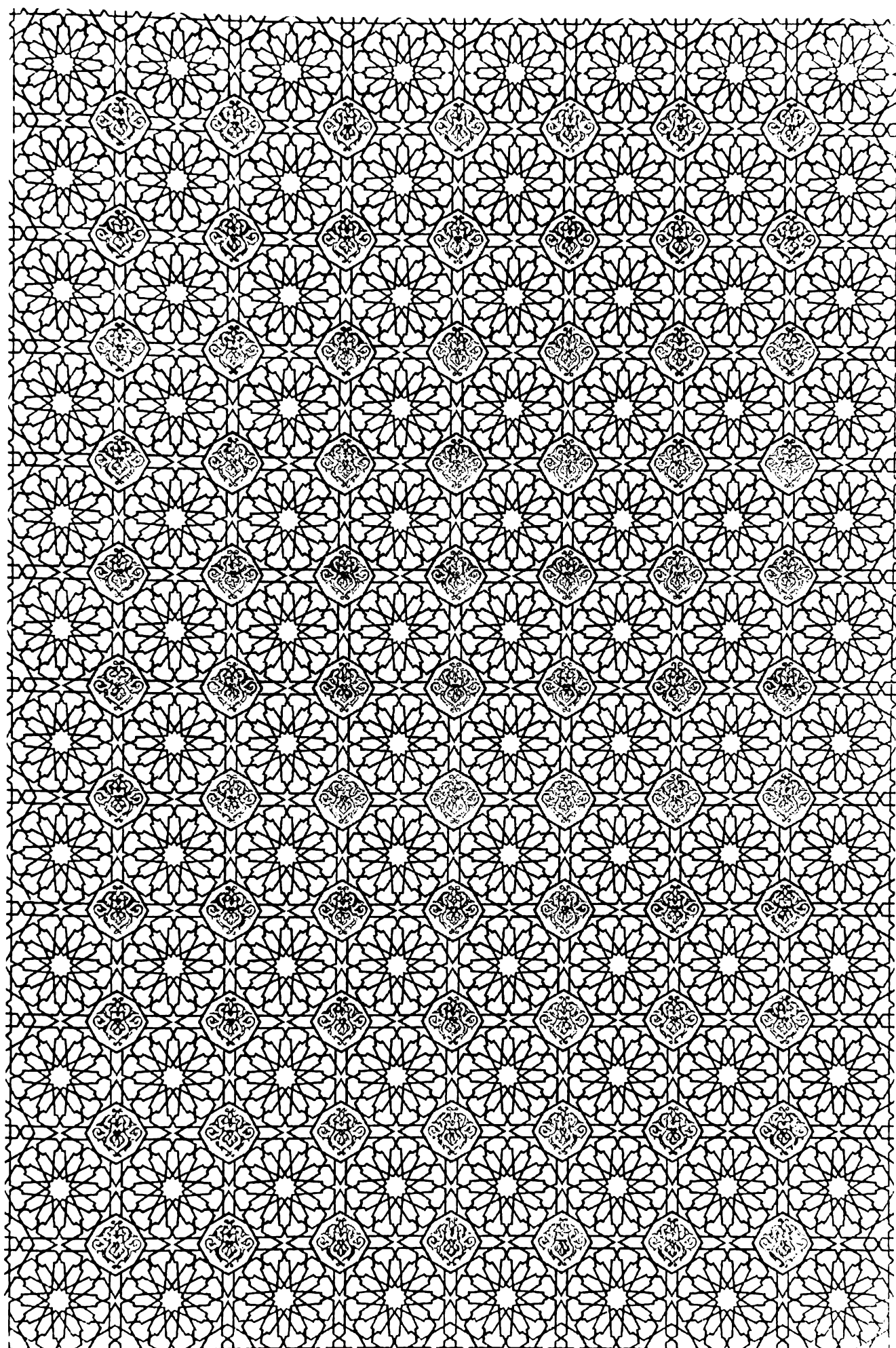
قوله : (فَإِنْ ادَّعَى بَعْدَ بُلُوغِهِ عَلَى الْأَبِ وَالْجَدَّ بَيْعاً بِلَا مَصْلَحَةٍ . . صُدِّقَا بِالْيَمِينِ) لأنهما لا يتهمان ؛ لوفور شفقتهما .

(وَإِنْ ادَّعَاهُ عَلَى الْوَصِيِّ وَالْأَمِينِ . . صُدِّقَ هُوَ بِيَمِينِهِ) لتطرق التهمة ، ولا فرق بين العقار وغيره على الصحيح كما أفهمه إطلاقه .

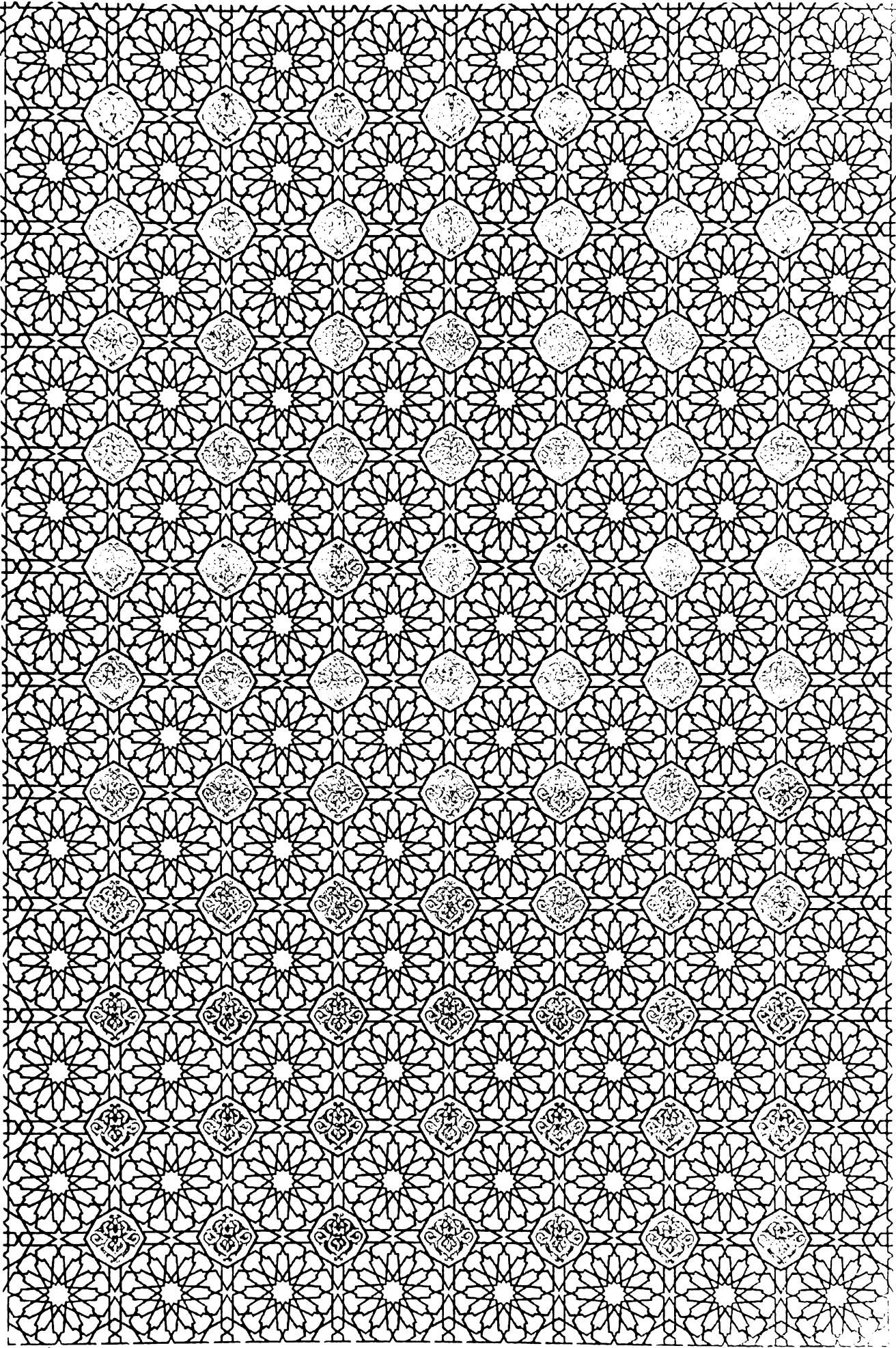
وقيل : يقبل الولي مطلقاً أباً كان أو وصياً ، واختاره الغزالي ، وقيل : لا يقبل مطلقاً ، وقيل : يقبل قول الأب والجد في كل شيء ، ولا يقبل قول غيرهما في العقار ويقبل في غيره ، واختاره السبكي ، ودعواه على المشتري كهي على الولي .

فإذا قبلنا قول الولي فأقام المحجور بينة على البيع من غير غبطة ولا حاجة . . حكم بها ، وكذا إذا أقامها الولي على ما يدعيه عند قبول قول المحجور عليه ، والله أعلم .

* * *



كتاب الصّٰلِح



كِتَابُ الصُّلْحِ

(كتاب الصِّلح)^(١)

الأصل فيه قبل الإجماع : قوله تعالى : ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء : ١٢٨] .
 وقوله صلى الله عليه وسلم : « الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً » . رواه الترمذي من حديث عمرو بن عوفٍ وصححه ،
 وأبو داود وابن حبان من حديث أبي هريرة^(٢) .
 ومثال الأول : أن يصالح على دراهم بأكثر منها ، أو بدنانير مؤجلة أو بخمر ونحوه .

ومثال الثاني : أن يصالح على أن يتصرف في المال المصالح به ، أو يصالح زوجته على ألا يطلقها ، أو لا يتزوج عليها .
 وفي كونه أصلاً بنفسه مندوباً إليه ، أو فرعاً عن المبيع ونحوه شرع رخصة . . وجهان ينبني عليهما : ما لو صالح من الشيء على بعضه فيصح على الأول دون الثاني .

ودل على النذب قوله تعالى : ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ﴾ [النساء : ١١٤] الآية .

والصلح يتعدى إلى المتروك بـ (من) و (عن) وإلى المأخوذ بـ (على) و (الباء) .

(١) كذا في (أ) و (ب) و « عجلة المحتاج » (٧٩٨ / ٢) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (باب الصلح) .

(٢) سنن الترمذي (١٤٠٢) ، سنن أبي داود (٣٥٩٤) ، صحيح ابن حبان (٥٩١) .

هُوَ قِسْمَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : يَجْرِي بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ ، وَهُوَ نَوْعَانِ :
 أَحَدُهُمَا : صَلَاحٌ عَلَى إِقْرَارٍ ، فَإِنْ جَرَى عَلَى عَيْنٍ غَيْرِ الْمُدَّعَاةِ . . فَهُوَ
 بَيْعٌ بِلَفْظِ الصُّلْحِ تَثَبُّتٌ فِيهِ أَحْكَامُهُ ؛ كَالشُّفْعَةِ ، وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، وَمَنْعِ تَصَرُّفِهِ
 قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَاشْتِرَاطِ التَّقَابُضِ إِنْ اتَّفَقَا فِي عِلَّةِ الرَّبَا .
 أَوْ عَلَى مَنْفَعَةٍ . . فَإِجَارَةٌ تَثَبُّتُ أَحْكَامُهَا .

قوله : (هو قسمان ؛ أحدهما : يجري بين المتداعيين ، وهو نوعان ؛
 أحدهما : صلح على إقرار ، فإن جرى على عين غير المدعاة) أي : بأن ادعى
 عليه داراً فأقر له بها وصالحه منها على عبد أو ثوب .

قوله : (. . فهو بيع بلفظ الصلح ثبت فيه أحكامه ؛ كالشفعة ، والرد
 بالعيب ، ومنع تصرفه قبل قبضه ، واشتراط التقابض إن اتفقا في علة الربا)
 أي : وغير ذلك من أحكامه ؛ كاشتراط التساوي إذا كان جنساً ربوياً ،
 واشتراط القطع في بيع الزرع الأخضر ، وجريان التحالف عند الاختلاف ،
 وفساده بالغرر والشروط الفاسدة .

وقوله : (على عين غير المدعاة) صوابه : (على غير العين المدعاة)
 ليشمل ما إذا صالح منها على عين وعلى دين فالحكم سواء .

فرع : لو ادعى داراً في يد رجلين فأقر أحدهما وصالحه عن النصف على
 عوض ، فأراد المنكر أخذه بالشفعة ؛ فإن كان سبب ملكهما مختلفاً . . جاز ،
 وإلا . . فوجهان ؛ أحدهما عند الشيخ أبي حامد : أن له الأخذ ، وعند الإمام
 والغزالي : المنع^(١) .

قوله : (أو على منفعة . . فإجارة تثبت أحكامها) صورته : أن يصالح من

(١) نهاية المطلب (٥٠٨/٦) ، الوسيط (٣١٨/٢) .

أَوْ عَلَى بَعْضِ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ . . فَهَبَةٌ لِبَعْضِهَا لِصَاحِبِ الْيَدِ فَتَثْبُتُ أَحْكَامُهَا .

وَلَا يَصِحُّ بِلَفْظِ الْبَيْعِ ، وَالْأَصَحُّ : صِحَّتُهُ بِلَفْظِ الصُّلْحِ .

العين المدعاة المقر بها على منفعة عين أخرى مدة معلومة مما يجوز عقد الإجارة عليه ، وكأنه استأجر العين التي أخذها بالعين التي ادعاها وأقر له بها فيملكها المقر .

وهكذا لو صالح من منافع العين المقر بها سنة على عين أخرى أو دين أو منفعة معلومة . . صح ، وكأنه آجرها للمقر بما أخذ من العين أو الدين أو المنفعة .

ولو صالح من العين على منافعها . . لم يجز ؛ لأن العين ومنافعها ملك المقر له فكيف يتعوض ملكه بملكه ؟

قوله : (أَوْ عَلَى بَعْضِ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ . . فَهَبَةٌ لِبَعْضِهَا لِصَاحِبِ الْيَدِ فَتَثْبُتُ أَحْكَامُهَا) وصورته : أن ي صالح من الدار المدعاة على نصفها أو ثلثها ، أو من العبدین على أحدهما . . فهبة إذا جرى بلفظ الهبة أو التملك ؛ كما إذا أقر له بالدار فقال : وهبتك نصفها ، فيشترط القبول ومضي مدة إمكان القبض ، فلو قال : وهبتك نصفها على أن تسلمني النصف الآخر . . لم يصح .

وهذا يسمى : صلح الحطيطة ، وما قبله يسمى : صلح المعاوضة .

قوله : (وَلَا يَصِحُّ بِلَفْظِ الْبَيْعِ) لأن العين كلها ملك المقر له فإذا باعها بنصفها . . فقد باع ملكه بملكه وباع الشيء ببعضه ، وهو محال .

قوله : (وَالْأَصَحُّ : صِحَّتُهُ بِلَفْظِ الصُّلْحِ) لأن الخاصية التي يفتقر إليها لفظ الصلح هي سبق الخصومة وقد وجدت ، والثاني : لا يصح ؛ لأنه يصير معناه : اعتياض ملكه بملكه ، وذلك محال .

وَلَوْ قَالَ مِنْ غَيْرِ سَبْقِ خُصُومَةٍ : صَالِحِنِي عَنْ دَارِكَ بِكَذَا . . . فَلَا صَحْحُ :
بُطْلَانُهُ .

وَلَوْ صَالِحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى عَيْنٍ . . . صَحَّ .

قوله : (ولو قال من غير سبق خصومة : صالحني عن دارك بكذا . . .
فالأصح : بطلانه) نظراً إلى اللفظ واستدعائه سبق خصومة ، والثاني : يصح
نظراً إلى المعنى ، قال الرافعي : وكأنَّ هذا الخلاف عند عدم النية ، أما إذا
استعملناه ونويا البيع . . فإنه يكون كناية بلا شك ، ويجري الخلاف في انعقاد
البيع بالكناية^(١) .

ومنع ابن الرفعة التخريج ؛ لمنافاة اللفظ كما لو قال : وهبتك بعشرة
لا يصح إذا نظرنا إلى اللفظ وإن نويا الهبة ، حكاه الزركشي .

قوله : (ولو صالح من دين على عين . . . صح) أي : من دين يجوز
الاعتياض عنه ؛ فلا يجوز من دين السلم ، ويجوز من دين القرض والإتلاف ،
ويجوز أيضاً من المهر وبدل الخلع والأجرة وثمان المبيع إذا كان حالاً ، فإن
كان مؤجلاً . . قال الماوردي : لم يجز الاعتياض عنه ، وعن الشيخ أبي حامد
ما يقتضي الجواز ، وقال القاضي حسين : إن لم يكن طعاماً . . جاز وإن كان
طعاماً فباعه بطعام . . لم يجز ، وإن باعه بغيره . . جاز إذا تقابضا ، وهذا هو
المنصوص .

قال السبكي : وينبغي إذا كان المؤجل نقداً فباعه بنقد يكون كالطعام
بالطعام ، ويكون المأخذ أنه كبيع الربوي الحال بالمؤجل ، وهذا كله إذا كان
بغير جنسه .

(١) الشرح الكبير (٨٧ / ٥) .

فَإِنْ اتَّفَقَا فِي عِلَّةِ الرَّبَا . اشْتَرَطَ قَبْضُ الْعَوَضِ فِي الْمَجْلِسِ ، وَإِلَّا ؛ فَإِنْ كَانَ الْعَوَضُ عَيْنًا . لَمْ يُشْتَرَطْ قَبْضُهُ فِي الْمَجْلِسِ فِي الْأَصَحِّ ، أَوْ دَيْنًا . اشْتَرَطَ تَعْيِينُهُ فِي الْمَجْلِسِ ، وَفِي قَبْضِهِ الْوَجْهَانِ .

أما إذا كان بجنسه من نوعه . فأخذ الحال عن المؤجل تعجيلاً للمؤجل وليس باعتياض ؛ فيجوز .

وقوله : (على عين) كذا في « المنهاج » وبعض نسخ « المحرر »^(١) ، وفي بعضها (على عوض) وهو الصواب ؛ لأنه قسمه بعد هذا إلى عين ودين^(٢) .

قوله : (فإن اتفقا)^(٣) أي : الدين المصالح منه والعوض المصالح عليه (في علة الربا) أي : كالصلح من الذهب على الفضة ، ومن القمح على الشعير (. . اشترط قبض العوض في المجلس) أي : فمتى تفرقا قبل القبض . . بطل الصلح ولا يكفي التعيين كما في الربا ، والأصح : أنه لا يشترط التعيين في العقد .

قوله : (وإلا ؛ فإن كان العوض عيناً . . لم يشترط قبضه في المجلس في الأصح ، أو ديناً . . اشترط تعيينه في المجلس ، وفي قبضه الوجهان) يعني : إن لم يتوافقا في علة الربا والعوض عين ؛ كصالحتك من الذهب أو الفضة التي لي عليك بإزدب^(٤) قمح . . صح على الأصح ، لكن يشترط التعيين في المجلس ، ولا يشترط القبض على الأصح .

(١) المحرر (٦٠٣ / ١) .

(٢) أي : آنفاً في المتن : (فإن كان عيناً . . أو ديناً) .

(٣) وفي « المنهاج » المطبوع : (فإن توافقا) .

(٤) الإزدب : مكيال يسع أربعة وعشرين صاعاً . المعجم الوسيط (ص : ١٣) .

وَلَوْ صَالِحٌ مِنْ دَيْنٍ عَلَى بَعْضِهِ . . فَهُوَ إِبْرَاءٌ عَنْ بَاقِيهِ .
وَيَصِحُّ بِلَفْظِ الْإِبْرَاءِ وَالْحَطِّ وَنَحْوِهِمَا ،

وقوله : (أو ديناً) يقتضي أنه ليس من شرط الصلح تعيينه في العقد وهو الأصح .

فإلحاق المعين في المجلس بالمعين في العقد مستثنى من قولهم : ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح ، قال السبكي : وكأنهم أرادوا اللزم في الذمة .

قوله : (ولو صالح من دين على بعضه . . فهو إبراء عن باقيه) هذا صلح الحطيطة في العين .

قوله : (ويصح بلفظ الإبراء والخط ونحوهما) أي : يقول : أبرأتك عن خمس مئة ، أو : أسقطتها ، أو : حطتها ، أو : وضعتها عنك ، وأعطني الباقي ، أو : وصالحتك على الباقي ، فإذا قال ذلك . . برئت ذمته من المقدار المبرأ منه من غير قبول على المذهب .

والأصل في ذلك : ما رواه البخاري : أن النبي صلى الله عليه وسلم أشار إلى كعب بن مالك في خصومته مع ابن أبي حذرد أن ضَع الشَّطْر فقال : قد فعلت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قُمْ فَأَقْضِهِ »^(١) .

فإن قال : أبرأتك من خمس مئة على أن تعطيني خمس مئة ، أو قال له : أعطيك خمس مئة على أن تبرئني من خمس مئة . . قال الشيخ أبو حامد : لا يجوز ، وساعده الجمهور .

فرع : قال المتولي : إذا قال : إن رددت عبدي فقد أبرأتك عن الدين . .

(١) صحيح البخاري (٤٥٧) ، (٢٧١٠) .

وَبَلَفْظِ الصُّلْحِ فِي الْأَصَحِّ .

وَلَوْ صَالِحٌ مِنْ حَالٍّ عَلَى مُؤَجَّلٍ مِثْلِهِ أَوْ عَكْسَ . . لَغَا ، فَإِنْ عَجَّلَ
الْمُؤَجَّلَ . . صَحَّ الْأَدَاءُ .

صح ، وإذا رد . . يبرأ ؛ لأننا إن قلنا : الإبراء إسقاط . . جاز بذل العوض في
مقابلته فيجوز أن يكون العوض منافع بدنية ، قال السبكي : وهذا ينبغي أن
يستثنى من قول الماوردي وغيره : أن تعليق الإبراء بشرط لا يصح^(١) .

قوله : (وبلفظ الصلح في الأصح) أي : بأن يقول : صالحتك عن الألف
التي عليك على خمس مئة ؛ لأن معناه : أعط خمس مئة وأبرأتك عن خمس
مئة .

والثاني : لا يصح ؛ لأن الصلح بيع ، وعلى الأصح يشترط القبول ؛ كما
دل عليه كلام الرافعي هنا ، وصحح في (الصداق) : عدم اشتراط القبول في
هبة الدين لمن عليه^(٢) .

ولو صالح منها على خمس مئة معينة . . فالوجهان ، ولا خلاف أنه لو
قال : بعثك الألف بخمس مئة . . لم يصح .

قوله : (ولو صالح من حال على مؤجل مثله أو عكس . . لغا) أي :
الصلح فيها ؛ لأن الأول إلحاق للأجل ، والثاني : إسقاط له ، والأجل
لا يلحق ولا يسقط .

وقوله : (مثله) أي : جنساً وقدرأ وصفة ، وقوله : (أو عكس) أي :
صالح من مؤجل على حال مثله .

قوله : (فإن عجل المؤجل . . صح الأداء) قال السبكي : كذا أطلق الإمام

(١) الحاوي الكبير (٢٨ / ٨) .

(٢) الشرح الكبير (٨٩ / ٥) ، (٣٢٠ / ٨) .

وَلَوْ صَالِحٌ مِنْ عَشْرَةِ حَالَةٍ عَلَى خَمْسَةِ مُؤَجَّلَةٍ . . بَرِيءٌ مِنْ خَمْسَةِ وَبَقِيَتْ
خَمْسَةُ حَالَةٍ ، وَلَوْ عَكْسَ . . لَغَا .

النَّوْعُ الثَّانِي : الصُّلْحُ عَلَى الْإِنْكَارِ ، فَيَبْطُلُ إِنْ جَرَى عَلَى نَفْسِ
الْمُدَّعَى ، وَكَذَا إِنْ جَرَى عَلَى بَعْضِهِ فِي الْأَصَحِّ .

والرافعي ، وهو ظاهر^(١) ، إلا إذا عجل على ظن صحة الصلح ووجوب
التعجيل . . فيكون كمن أدى ما يظن أنه دين عليه فتبين أنه لا دين عليه فإنه
يسترده قطعاً .

قوله : (ولو صالح من عشرة حالة على خمسة مؤجلة . . برئ من خمسة
وبقيت خمسة حالة) لأن الصلح على بعض الدين إبراءً والتأجيل لا يلحق ،
وحصول البراءة في الخمسة مفرّج على تصحيح المصالحة من الدين على بعضه
بلفظ الصلح ، وعلى البطلان تبقى العشرة .

قوله : (ولو عكس . . لغا) أي : إذا صالح من عشرة مؤجلة على خمسة
حالة . . لم يصح ؛ لأن صفة الحلول لا تلحق ، والخمسة الأخرى إنما تركها
في مقابلة ذلك ، فإذا لم يحصل الحلول . . لا يحصل الترك .

وحكم المكسر والصحيح كحكم المؤجل والحال .

قوله : (النوع الثاني : الصلح على الإنكار ، فيبطل إن جرى على نفس
المدعى ، وكذا إن جرى على بعضه في الأصح) إذا ادعى عليه عيناً أو ديناً
فأنكره ثم صالحه منه على غيره . . لم يصح ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم :
« إِلَّا صَلَاحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً »^(٢) .

(١) نهاية المطلب (٤٥٩/٦) ، الشرح الكبير (٨٩/٥) .

(٢) أخرجه الترمذي (١٤٠٢) عن عمرو بن عوف رضي الله عنه ، وأبو داود (٣٥٩٤) ،
وابن حبان (٥٠٩١) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

.....

فإن كان المدعي كاذباً . . فقد استحل من المدعى عليه ماله ، وهو حرام ، وإن كان صادقاً . . فقد حرم عليه ماله الحلال وإن صالحه منه على بعضه .

فإن كان عيناً . . فباطل أيضاً على الأصح ، كما لو كان على غير المدعي ، ولأن الاعتبار بقول الدافع وهو يزعم أنه إنما بذله لكف الأذى ، وأخذ المال لكف الأذى لا يجوز .

وقال القفال : يصح ويجعل المدعي واهباً للنصف إن كان صادقاً ، وموهوباً له إن كان كاذباً .

وإن كان ديناً ؛ فإن صالحه من ألف على خمس مئة في الذمة . . لم يصح ؛ لأن التصحيح بتقدير الهبة ، وإيراد الهبة على ما في الذمة ممتنع

وإن عينها بعد ذلك وأقبضها ، وإن صالحه على خمس مئة معينة . . رُتِّبَ^(١) على ما لو صالحه على بعض العين ، فإن منع ثم . . فهنا أولى ، وإلا . . فوجهان ؛ أصحهما : البطلان .

وكلام المصنف شامل لما إذا كان المدعى عيناً أو ديناً ، ولما إذا كان غيره عيناً أو ديناً ، إلا أن قوله : (نفس المدعى) ليس بجيد ؛ لأن الشيء المصالح عليه هو المأخوذ لا المتروك .

وعبارة « المحرر » : (غير)^(٢) بالغين المعجمة والراء ، ويدخل فيها العين والدين ، قاله الزركشي ، وقال : صورة المسألة : أن يقول : صالحني عن المدعى به ، أو : عن الدعوى ويريده ، فلو قال : عن دعواك . . لم يصح

(١) الضبط من (ب) .

(٢) المحرر (٦٠٤ / ١) .

وَقَوْلُهُ : صَالِحِنِي عَنِ الدَّارِ الَّتِي تَدَّعِيهَا . . لَيْسَ إِقْرَاراً فِي الْأَصَحِّ .

لا في حال الإنكار ولا في حال الإقرار ؛ لأن الدعوى لا يصح الاعتياض عنها ولا الإبراء منها ، وكذا اليمين .

وقال : يلتحق بالإنكار السكوت ، قاله سُلَيْمٌ^(١) وغيره .

ولو أقر ثم أنكر . . صح الصلح نص عليه ، ولو أنكر ثم صولح ثم أقر . . قال الماوردي : استمر البطلان ، فإن أقيمت عليه البينة بعد إنكاره . . جاز الصلح ؛ للزوم الحق بالبينة^(٢) .

قوله : (وقوله : صالحني عن الدار التي تدعيها . . ليس إقراراً في الأصح) لأنه يحتمل أن يريد قطع الخصومة ، فعلى هذا يكون الصلح بعد الالتماس صلحاً على الإنكار ، والثاني : أنه إقرار ؛ كما لو قال : ملكتها .

ولو قال : هبنيها ، أو : بعنيها . . فالمشهور : أنه إقرار ؛ أي : ضمني ، ومقتضاه جواز الصلح ؛ كما صرح به الأصحاب ، وجواز انتزاعها من يده للمقر له إذا لم يوافقه على الصلح وإن لم يصرحوا به .

فإذا رجع المدعى عليه بعد ذلك وادعى أنها ملكه ، أو وقف عليه ، أو كان قد باعها أو اشتراها ثم ادعى ذلك وأبدى عذراً محتملاً في غلظه وأراد إقامة بينة على ذلك . . قال السبكي : فالمختار عندي في ذلك كله : سماع دعواه وبينته مهما قامت قرينة بغلظه .

أما إذا قال : صالحني ، أو : صالحني عن دعواك ، أو : دعواك الكاذبة . . لم يكن إقراراً بلا خلاف .

(١) الإشارة في الفقه (ص : ١١٧) .

(٢) الحاوي الكبير (٣٢ / ٨) .

القِسْمُ الثَّانِي : يَجْرِي بَيْنَ الْمُدَّعِي وَأَجْنَبِيٍّ ، فَإِنْ قَالَ : وَكَلَّنِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي الصُّلْحِ وَهُوَ مُقَرَّرٌ لَكَ . . صَحَّ ، وَلَوْ صَالَحَ لِنَفْسِهِ وَالْحَالَةُ هَذِهِ . . صَحَّ وَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ .

قوله : (القسم الثاني : يجري بين المدعي وأجنبي ، فإن قال : وكلني المدعي عليه في الصلح وهو مقرر لك . . صح) لأن قول الإنسان في دعوى الوكالة مقبول في جميع المعاملات .

وإن كان صادقاً . . فعل ما وكل فيه من المصالحة على بعض المدعي ، أو على غيره ، وإن لم يكن صادقاً . . فهو كشراء الفضولي .

ويدخل في قوله : (وهو مقرر) : ما إذا وقع الإقرار في الظاهر ، وما إذا أقر عند الأجنبي فقط ولم يظهره .

ولا يتعين اعتراف الأجنبي بإقرار المدعي عليه ، بل لو قال : وكلني في مصالحتك ، وأنا أعلم أنه لك . . صح الصلح ؛ كذا جزم به القاضي أبو الطيب ، وصاحب « التنبيه »^(١) وأقره في « التصحيح » .

ولو جحد المدعي عليه التوكيل بعد الصلح . . فالقول قوله مع يمينه حتى لا يرجع الأجنبي عليه بما بذل ، وإن جحد الوكالة قبل الصلح . . لم يصح الصلح ، قاله المتولي ، قال السبكي : وينبغي أن يكون على الخلاف في أن إنكار الوكالة عزل .

قوله : (ولو صالح لنفسه والحالة هذه . . صح وكأنه اشتراه) أي : إذا كان المدعي به عيناً ؛ فإن كان ديناً . . ففيه الخلاف في بيع الدين لغير من عليه .

وقوله : (والحالة هذه) أي : حالة قول الأجنبي : هو مقرر ، قال

(١) التنبيه (ص : ٧٣) .

وَإِنْ كَانَ مُنْكَرًا وَقَالَ الْأَجْنَبِيُّ : هُوَ مُبْطَلٌ فِي إِنْكَارِهِ .. فَهُوَ شِرَاءٌ مَغْضُوبٌ ، فَيُفْرَقُ بَيْنَ قُدْرَتِهِ عَلَى انْتِزَاعِهِ وَعَدَمِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ : هُوَ مُبْطَلٌ .. لَغَا الصَّلْحُ .

السبكي : وهو يشمل ما إذا كان مقرأ في الظاهر وما إذا لم يكن .

واحترز به : عما إذا صالح لنفسه مع الإنكار .

قوله : (وإن كان منكراً) أي : وإن كان المدعى عليه غير مقرر في الظاهر ولا فيما بينه وبين الأجنبى (وقال الأجنبى : هو مبطل في إنكاره) أي : وأعلم أنك صادق وأصالحك له ؛ لقطع الخصومة بينكما .. فالأصح : أنه لا يجوز ؛ لأنه صلح على إنكار ، وإن قال : أصالحك لنفسى فإن كان المدعى عيناً (. .) فهو شراء مغضوب ، فيفرق بين قدرته على انتزاعه وعدمها (أي : وعدم القدرة ، فإن قدر .. فالأصح : الصحة ، وإلا .. فلا يصح .

فإن ادعى القدرة على الانتزاع .. فالقول قوله في الأصح ، لكن لا يرفع يد المدعى عليه إلا بحجة .

ولو حدث العجز قبل القبض .. ثبت الخيار في الأصح .

هذا إذا كان المدعى عيناً ، وإن كان ديناً وصالح لنفسه .. فهو ابتياع دين في ذمة الغير ، وإن صالح للمدعى عليه .. فالأصح : الجواز ؛ لأنه إن كان وكيلًا .. فالتوكيل جائز ، وإلا .. فقد قضى دين غيره بغير إذنه ، وذلك جائز ؛ لأنه يرجع إذا صالح بالإذن وأدى بالإذن ، وشرط الرجوع ، وكذا إن لم يشرط في الأصح .

قوله : (وإن لم يقل : هو مبطل .. لغا الصلح) لأنه اشترى منه ما لم يثبت ملكه له .

فصل

الطَّرِيقُ النَّافِذُ لَا يُتَصَرَّفُ فِيهِ بِمَا يَضُرُّ الْمَارَّةَ ، وَلَا يُشْرَعُ فِيهِ جَنَاحٌ وَلَا سَابَاطٌ يَضُرُّهُمْ ،

(فصل)

[في التزامهم على الحقوق المشتركة]

(الطريق النافذ لا يتصرف فيه بما يضر المارة) لأن الحق فيه ليس للمتصرف خاصة ، بل للمسلمين (ولا يشرع فيه جناح ولا سابات يضرهم) هذا تخصيص بعد تعميم ؛ لأن تعبيره (بما يضر المارة) شامل لهذا . وإنما صرح به في « المحرر » لتعبيره أولاً (بما يبطل المرور)^(١) . فإن فعل . . فأشبهه الوجهين في « المطلب » : أن الحاكم يختص بقلعه . ويجوز التصرف بما لا يضر ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم نصب بيده الكريمة ميزاباً في دار العباس . رواه الإمام أحمد^(٢) ، فيقيس الجناح عليه . لكن لا يجوز للذمي إخراج الجناح إلى شوارع المسلمين على الأصح . وإشراع الجناح إلى المسجد حرام ، نقله الزركشي عن « التحرير » للجرجاني^(٣) ، وقال ؛ أي : وإن لم يضر . والطريق النافذ يشمل الشارع وغيره من الجواد^(٤) التي في الصحارى ،

(١) المحرر (٦٠٧/١) .

(٢) مسند أحمد (١٨١٥) عن عبيد الله بن عباس رضي الله عنهما ، وراجع « التلخيص الحبير » (١١٠/٣) .

(٣) التحرير (٢٨٩/١) .

(٤) الجادة : وسط الطريق ، والطريق الأعظم الذي يجمع الطرق . المعجم الوسيط (ص ١٠٨) .

بَلْ يُشْتَرَطُ ارْتِفَاعُهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ مُنْتَصِباً .
وَأِنْ كَانَ مَمَرُ الْفُرْسَانِ وَالْقَوَافِلِ . . فَلْيَرْفَعُهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ الْمَحْمِلُ عَلَى
الْبَعِيرِ مَعَ أَخْشَابِ الْمِظْلَةِ .

والشارع مختص بما بين البنيان ولا يكون إلا نافذاً ، والطريق في البنيان يكون
نافذاً وغيره .

وقوله : (يتصرف) بضم الياء ، وقوله : (يضر) من ضره يضره ضراراً ،
ويقال : أضر به يضر به - بضم الياء - إضراراً .

وقوله : (يشرع) أي : يخرج ، و(الجناح) : الخشب الخارج ،
من جَنَحَ يَجْنَحُ : إذا مال ، قاله في « اللغات »^(١) ، و(الساباط) : سقيفة
بين حائطين تحتها طريق ، والجمع : سوايط وساباطات ، قاله
الجوهري^(٢) .

قوله : (بل يشترط) أي : في الجناح والساباط (ارتفاعه بحيث يمر تحته
منتصباً) أي : الماشي ، واعتبر الماوردي مع هذا : أن يكون على رأسه
الحمولة العالية^(٣) .

ويشترط أيضاً : ألا يؤثر في إظلام الموضع ، وقيل : لا أثر لذلك ، قال
الرافعي : والأول هو مقتضى المعنى وكلام الشافعي وأكثر الأصحاب^(٤) .

قوله : (وإن كان ممر الفرسان والقوافل . . فليرفعه بحيث يمر تحته
المحمل على البعير مع أخشاب المظلة) لأنه قد يتفق ذلك .

(١) تحرير ألفاظ التنبيه (ص : ٢٠١) .

(٢) الصحاح (ص : ٤٧١) .

(٣) الحاوي الكبير (٣٥ / ٨) .

(٤) الشرح الكبير (٩٩ / ٥) .

وَيَحْرُمُ الصُّلْحُ عَلَى إِشْرَاعِ الْجَنَاحِ ، وَأَنْ يَبْنِيَ فِي الطَّرِيقِ دَكَّةً ، أَوْ يَغْرِسَ شَجَرَةً ، وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يَضُرَّ . . جَازَ .

وَعِزُّ النَّافِذِ يَحْرُمُ الْإِشْرَاعُ إِلَيْهِ لِغَيْرِ أَهْلِهِ ،

و(المَحْمِلُ) : بفتح الميم الأولى وكسر الثانية .

و(المِظْلَةُ) : بكسر الميم أصله : البيت الكبير من الشعر ، ثم استعمل فيما يعمل على المحمل .

قوله : (ويحرم الصلح على إشراع الجناح) أي : إلى الشارع أو أرض الغير بعوضٍ ، سواء كان المصالح هو الإمام أو غيره ؛ لأن الهواء لا يفرد بالعقد وإنما يتبع القرار ، ولأنه إن ضرر . . لم يجز فعله ، وإن لم يضر . . فهو مستحقه ، وما يستحقه الإنسان . . لا يجوز أخذ العوض عنه ؛ كالمرور .

قوله : (وأن يبني في الطريق دكة أو يغرس شجرة ، وقيل : إن لم يضر . . جاز) معناه : ويحرم أن يبني ، ويلزم من ذلك حرمة المصالحة عليه ؛ لأن مكانهما يشته بالأملاك عند طول المدة .

وعلى القول بالجواز إن تلف بذلك شيء . . ضمنه .

قال السبكي : والذي يظهر من كلام المانعين : أن البناء مطلقاً ممنوع منه عالياً كان أو سافلاً ، والدليل يقتضيه ، وإلا ؛ فيما إذا كان سافلاً في فناء داره ولم يضر . . فينبغي القول بجوازه ؛ لأنه في حريم الملك .

ولو أحدث بناءً في الشارع ، أو أدخل بعضه في داره . . حرم اتفاقاً .

قوله : (وغير النافذ) أي : من الشارع ، وهي : السكة المنسدة (يحرم الإشراع إليه لغير أهله) أي : سواء أضر أم لم يضر ؛ كما لا يجوز أن يشرع جناحاً إلى ملك غيره ؛ لأنه ملك لهم بلا خلاف .

وليس لأجنبي أن يجلس فيه بغير إذنهم ، قاله القاضي حسين في «الفتاوى»^(١) ، ولو اتفقوا على سد رأسه . . جاز عند الجمهور ، إلا أن يكون في السكة مسجد قديم أو حادث . . فَيُمنَعُوا من السد ، نقله الرافعي عن ابن كج قال : وعلى قياسه لا يجوز الإشرac عند الضرر ولو رضي أهل السكة ؛ لحق سائر الناس^(٢) .

والبئر المسبلة مثل المسجد .

قوله : (وكذا لبعض أهله في الأصح إلا برضا الباقيين) كسائر الأملاك المشتركة ضرر أو لم يضر .

وهذا إذا رضوا مجاناً ، فإن رضوا بعوض . . لم يجز وكان العقد باطلاً ، كما في الشارع .

والثاني : يجوز لكل منهم الإشرع إذا لم يضر ؛ لأن كلاً منهم له الارتفاق بقراره فيجوز له بهوائه كالشارع^(٣) .

ولو أذنوا في الإخراج لغيرهم.. جاز ضرر أو لم يضر ، ولا يؤخذ من عبارته ، فلورجعوا قبل الإخراج.. بطل الإذن ، وكذا لو رجع أحدهم .

(۱) فتاویٰ القاضی حسین (ص: ۲۱۲) مسأله (۲۷۰).

(٢) الشرح الكبير (١٠٠/٥) .

(٣) قوله : (والثاني...) إلى قوله : (كالشارع) غير موجود في (أ) .

وَأَهْلُهُ : مَنْ نَفَذَ بَابَ دَارِهِ إِلَيْهِ ، لَا مَنْ لَصَقَهُ جِدَارُهُ ، وَهَلِ الاستِحْقَاقُ فِي كُلِّهَا لِكُلِّهِمْ ، أَمْ تَخْتَصُّ شِرْكَةُ كُلِّ وَاحِدٍ بِمَا بَيْنَ رَأْسِ الدَّرْبِ وَبَابِ دَارِهِ ؟ وَجَهَانٍ : أَصَحُّهُمَا : الثَّانِي .

وإن رجعوا بعده . . لم يكن لرجوعهم تأثير وكان له إقرار الجناح ما بقي ، قاله الماوردي^(١) .

وقوله (إلا برضا الباقي) لو عبر بـ (المستحقين) . . لكان أولى ؛ ليعود الاستثناء إلى المسألتين .

قوله : (وأهله) أي : أهل غير النافذ (من نفذ باب داره إليه ، لا من لاصقه جداره) أي : بلا باب ؛ لأنهم الذين يسمون سكانه .

قوله : (باب داره) مثال ، فإنه لو كان فيه بئر أو حانوت . . فكذلك ، فلو قال : (من له المرور إلى ملكه) . . لكان أعم ، قاله الزركشي .

قوله : (وهل الاستحقاق في كلها لكلهم أم تختص شركة كل واحد بما بين رأس الدرب وباب داره ؟ وجهان ؛ أصحهما : الثاني) لأن ذلك القدر محل تردده ، وما عداه حكمه فيه حكم غير أهل السكة .

ووجه الأول : أنهم ربما احتاجوا إلى التردد في جميعه والارتفاق به ؛ لطرح الأثقال عند إخراجها وإدخالها .

وأنت الضمير في (كلها) مع تذكير ما قبله ؛ لأن (الطريق) يذكر ويؤنث وهي مقدرة في قوله : (وغير النافذ) .

و (الدرب) أصله : المضيق في الجبل وهو عربي ، وقال

(١) الحاوي الكبير (٣٦ / ٨) .

وَلَيْسَ لغيرِهِمْ فَتْحُ بَابٍ إِلَيْهِ لِلإِسْطِرَاقِ ، وَلَهُ فَتْحُهُ إِذَا سَمَرَهُ فِي الْأَصَحِّ .
وَمَنْ لَهُ فِيهِ بَابٌ فَفَتَحَ آخَرَ أَبْعَدَ مِنْ رَأْسِ الدَّرَبِ . . فَلِشُرْكَائِهِ مَنَعُهُ ، . .

الجوهري : معرب^(١) .

قوله : (وليس لغيرهم فتح باب إليه للاستطراق) أي : إذا كان له دار
ظهرها إلى زقاق غير نافذ فأراد فتح باب إليه . . لم يجز ؛ لتضررهم به ، فإن
أذنوا . . جاز ولهم الرجوع ، فإن رجعوا بعد الفتح . . قال الإمام : لا يُلْزَمُونَ
بالرجوع شيئاً^(٢) .

قوله : (وله فتحه إذا سمره في الأصح) أي : إذا قال : أفتحه
ولا أستطرقه ، بل أغلقه وأسمره ؛ لأن له رفع الجدار فبعضه أولى ، والثاني :
لا ؛ لأنه يستدل به بعد مدة على استحقاق المرور ، وقال المصنف : إنه
أفقه^(٣) ، وفي « البيان » : لو قال : ولا أدخل منه ولا أخرج . . جرى
الخلافاً^(٤) ، يعني : من غير سمر ، حكاة الزركشي .

ويجري الوجهان لو فتحه للاستضاءة ، ومحلها إذا كان يوهم الاستطراق ،
أما إذا كان عليه شباك . . فلا منع قطعاً .

قوله : (ومن له فيه باب ففتح آخر أبعد من رأس الدرب) أي : من باب
الأصلي (فلشركائه منعه) أي : لكل منهم ذلك سواء سد الأول أم لا ، والمنع

(١) راجع « الصحاح » (ص : ٣٣٦-٣٣٧) ، وفيه : (الدرب : معروف ، وأصله : المضيق
في الجبل) ، وفي « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص : ٢٠٢) : (وقال الجواليقي : معرب) ،
وعبارة « حاشية الباجوري على ابن قاسم » (٢ / ٣٠٠) : (وقال بعضهم : هو فارسي
معرب) .

(٢) نهاية المطلب (٤٦٩ / ٦) .

(٣) روضة الطابين (٤٤٣ / ٣) .

(٤) البيان (٢٦٦ / ٦) .

وَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ إِلَى رَأْسِهِ وَلَمْ يَسُدَّ الْبَابَ الْقَدِيمَ . . فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ سَدَّهُ . . فَلَا مَنَعَ .

وَمَنْ لَهُ دَارَانِ تَفْتَحَانِ إِلَى دَرَبَيْنِ مَسْدُودَيْنِ ، أَوْ مَسْدُودٍ وَشَارِعٍ فَفَتَحَ بَاباً بَيْنَهُمَا . . لَمْ يُمْنَعْ فِي الْأَصَحِّ .

لمن بابه أبعد من الباب الأول الذي للفتاح ، ولا يثبت لمن بابه أقرب في الأصح^(١) .

قوله : (وإن كان أقرب إلى رأسه ولم يسد الباب القديم . . فكذلك) أي : ولكل منهم منعه ؛ لأن الباب الثاني إذا انضم إلى الأول . . أورث زيادة زحمة الناس ، ووقوف الدواب في السكة ، فيتضررون به .

قوله : (وإن سده . . فلا منع) لأنه ترك بعض حقه ، وقيل : يمنع ، حكاة صاحب « التعجيز » في « شرحه » .

ولو كان بابه في آخر الدرب فأراد أن يقدمه إلى وسطه ويجعل الباقي دهليزاً فينبني ذلك على كيفية الشركة ؛ كما قاله من « زياداته »^(٢) ، ومقتضاه : تصحيح الجواز .

وتحويل الميزاب من موضع إلى موضع ؛ كفتح باب وسد باب .

قوله : (ومن له داران تفتحان إلى دربين مسدودين ، أو مسدود وشارع ، ففتح باباً بينهما . . لم يمنع في الأصح) لأن المرور مستحق له ، ورفع الحائل بين الدارين تصرف في ملكه ، فلا يمنع منه ، والثاني : يمنع ، ونقله العراقيون عن الجمهور ؛ لأنه في الصورة الأولى : يثبت لكل من الدارين استطرافاً في

(١) وفي (ب) : (على الأصح) .

(٢) روضة الطالبين (٤٤٥ / ٣) .

وَحَيْثُ مُنِعَ فَتُحُ الْبَابِ فَصَالِحُهُ أَهْلُ الدَّرْبِ بِمَالٍ . . صَحَّ .
وَيَجُوزُ فَتُحُ الْكَوَاتِ .

الدرب الآخر لم يكن له ، وفي الثانية : يثبت للملاصقة للشارع حقاً في المسدود لم يكن له .

ومحل الوجهين : ما إذا قصد الاستطراق سواء أبقى البابين ، أو سد أحدهما ، فإن قصد اتساع ملكه . . فلا منع .

قوله : (وحيث منع فتح الباب فصالحه أهل الدرب بمالٍ . . صح) لأنه انتفاع بالأرض ، بخلاف إشراع الجناح .

فإن قدروا مدة . . كان إجارةً ، وإن أطلقوا أو شرطوا التأيد . . كان بيعاً لجزء شائع من الدرب ، وتنزيلاً للفتاح منزلة أحدهم ؛ كما لو صالح على إجراء ماء نهر في أرضه على مال . . فإنه بيع للموضع ، وقيل : إجارة ، بخلاف ما لو صالح على فتح باب من داره في دار غيره ، أو على إجراء الماء على سطحه . . لا يملك شيئاً من الدار والسطح ؛ لأن الدرب لا يراد إلا للاستطراق ، وإثبات الاستطراق فيه نقل للملك ، والدار والسطح ليس المقصود منهما الاستطراق وإجراء الماء .

وقوله : (أهل الدرب) احترز به : عن أهل الشارع ، فليس لهم منع ، ولا تصح منهم المصالحة .

قوله : (ويجوز فتح الكوات) يعني : في غير النافذ لمن منع الفتح للاستطراق ؛ لأنه تصرف في ملك نفسه .

وقيده صاحب « الشافي » بما إذا كانت عالية لا يقع النظر فيها على دار جار ، حكاه في « التحرير »^(١) .

وَالْجِدَارُ بَيْنَ مَالِكَيْنِ قَدْ يَخْتَصُّ بِهِ أَحَدُهُمَا ، وَقَدْ يَشْتَرِكَانِ فِيهِ ؛
فَالْمُخْتَصُّ لَيْسَ لِلْآخِرِ وَضَعُ الْجُدُوعِ عَلَيْهِ فِي الْجَدِيدِ ، وَلَا يُجْبَرُ الْمَالِكُ ،

والكوة بفتح الكاف : الطاقة ، ويجوز ضمها ، ويجمع المفتوحة في
التكسير على (كوى) بالكسر مع المد والقصر ، والمضمومة على (كوى)
بالضم والقصر ، قاله الجوهرى^(١) ، وجمعها المصنف جمع تصحيح والتكسير
أولى ، وفي (كاه) اللغتان .

قوله : (والجدار بين مالكين قد يختص به أحدهما ، وقد يشتركان فيه ،
فالمختص ليس للآخر وضع الجدوع عليه في الجديد ، ولا يجبر المالك)
لقوله صلى الله عليه وسلم : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ » . وهو حديث حسن ، رواه
ابن ماجه والدارقطني وغيرهما عن أبي سعيد الخدري^(٢) ، وروى حرمله عن
الشافعي : أنه صحيح .

ومعناه : لا ضرر في أن يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه ،
ولا ضرار في أن يمنع رجل عن ماله ضراراً ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لَا
يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ » . رواه الدارقطني^(٣) .

وفي القديم و« البويطي » : أنه يجوز ذلك ويجبر المالك عليه ؛ لقوله
صلى الله عليه وسلم : « لَا يَمْنَعَنَّ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ » .
متفق عليه^(٤) .

قال الحافظ عبد الغني : الناس كلهم يروونه بالجمع إلا الطحاوي .

(١) الصحاح (ص : ٩٢٧) .

(٢) سنن ابن ماجه (٢٣٤١) عن ابن عباس رضي الله عنهما ، سنن الدارقطني (٦٦٠) ،
وأخرجه البيهقي في « الكبير » (١١٤٩٥) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٣) سنن الدارقطني (٦٢٠) عن أبي حرة الرقاشي عن عمه رضي الله عنه .

(٤) صحيح البخاري (٢٤٦٣) ، صحيح مسلم (١٦٠٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

فَلَوْ رَضِيَ بِلَا عَوْضٍ .. فَهُوَ إِعَارَةٌ

والقائلون بالجديد حملوه على الاستحباب ، ومنهم من أعاد الضمير في (جداره) على صاحب الخشب^(١) ؛ أي : إذا وضع خشبة على جدار نفسه ليس لجاره منعه وإن تضرر بمنع الضوء ونحوه .

وشرط القديم : ألا يحتاج مالك الجدار إليه بوضع جذوعه ، وألا يزيد الجار في ارتفاع الجدار ، ولا يضع عليه ما يضر الجدار ، وألا يكون له جدار أصلاً ، أو لا يكون له إلا جدار واحد .

ولا فرق على القديم بين أن يحتاج إلى فتح شيء في الحائط ؛ ليدخل فيه الجذوع أم لا ، صرح به الماوردي^(٢) وابن الصباغ وغيرهما .

قوله : (فلو رضي بلا عوض .. فهو إعارة) لأن حدها منطبق عليه ، ويستفيد بها الوضع مرة واحدة حتى لو رفع جذوعه أو سقطت بنفسها أو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآلة .. لم يكن له الوضع ثانياً على الأصح إلا بإذن جديد ، ولو بناه غيرها .. قال الرافعي وغيره : لا خلاف أنه لا يعيد إلا بإذن جديد ، وفي « البحر » في (العارية) : فيه خلاف^(٣) .

ولو كان الجدار باقياً والساقط الجذوع .. ففي إعادة مثلها الوجهان .

هذا كله إذا وضعت بإذن .

فلو ملكا دارين وهناك خشب لم يعلم كيف وضع ، فإذا سقط الجدار .. لم يمنع من إعادة الجذوع بلا خلاف^(٤) .

(١) شرح مشكل الآثار (٢٤١٣) (٢٠٢/٦ - ٢٠٣) ، والمراد لفظة : (خَشَبَةٌ) بدل (خَشْبَةٌ) .

(٢) الحاوي الكبير (٤٧/٨) .

(٣) الشرح الكبير (١٠٥/٥) ، بحر المذهب (٣٩٦/٦) .

(٤) المحرر (٦١٠/١) ، نهاية المطلب (٣٨٣/٦) .

وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ ، وَكَذَا بَعْدَهُ فِي الْأَصَحِّ ، وَفَائِدَةُ الرُّجُوعِ :
تَخْيِيرُهُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهِ بِأُجْرَةٍ ، أَوْ يَقْلَعَ وَيَغْرَمَ أَرْشَ نَقْصِهِ ، وَقِيلَ : فَائِدَتُهُ :
طَلَبُ الْأُجْرَةِ فَقَطْ .

وَلَوْ رَضِيَ بِوَضْعِ الْجُدُوعِ وَالْبِنَاءِ عَلَيْهَا بِعَوَضٍ ؛ فَإِنْ أَجَرَ رَأْسَ الْجِدَارِ
لِلْبِنَاءِ .. فَهُوَ إِجَارَةٌ ،

ولو أراد صاحب الجدار نقضه .. فإن كان مستهدماً جاز ، وحكم إعادة
الجدوع ما سبق .

قوله : (وله الرجوع قبل البناء عليه) أي : قطعاً سواء أوضع أم لا (وكذا
بعده في الأصح) أي : بعد البناء ، تبع الرافعي في ترجيحه قول الإمام : إنه
ظاهر المذهب ، قاله الزركشي ؛ قياساً على سائر العواري ، والثاني :
لا يرجع بعده ، قاله العراقيون والقاضي حسين والدارمي والرويانى ، حكاه
الزركشي ؛ لأن مثل هذه العارية إنما يراد بها التأييد فأشبه ما إذا أعار لدفن ميت
لا يتمكن من نبشه ولا من طلب الأجرة^(١) .

قوله : (وفائدة الرجوع : تخييره بين أن يبقيه بأجرة أو يقلع ويغرم أَرْشَ
نقصه) أي : ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً ؛ كما لو أعار أرضاً للبناء أو
الغراس .. فإنه يخير بينهما .

قوله : (وقيل : فائدته : طلب الأجرة فقط) أي : في المستقبل ؛ لأن
الجدوع إذا رفعت أطرافها من جدار لم يستمسك على الجدار الآخر فيتداعى
الضرر إلى خالص ملك المستعير .

قوله : (ولو رضي بوضع الجدوع والبناء عليها بعوض ؛ فإن أجر رأس
الجدار للبناء .. فهو إجارة) أي : كسائر الأعيان التي تستأجر للمنافع ،

(١) بحر المذهب (٤٢٥ / ٥) .

وَأِنْ قَالَ : بَعْتُهُ لِلْبِنَاءِ ، أَوْ : بَعْتُ حَقَّ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ . . . فَلَا أَصَحُّ : أَنَّ هَذَا الْعَقْدَ فِيهِ شَوْبٌ بَيْعٍ وَإِجَارَةٍ ، فَإِذَا بَنَى . . . فَلَيْسَ لِمَالِكٍ الْجِدَارُ نَقْضُهُ بِحَالٍ .

فيشترط معرفة الجذوع بالرؤية ، أو بذكر العدد والطول والسمك ، وكذا الوزن ، ذكره أبو الطيب ، وموضعها من الحائط وقدر دخولها فيه ، ذكره الماوردي^(١) ، والأصح : أنه لا يشترط بيان المدة .

قوله : (وإن قال : بعته للبناء^(٢)) ، أو : بعث حق البناء عليه . . . فالأصح : أن هذا العقد فيه شوب بيع وإجارة (أما شوب البيع . . . فلتأيد ، وأما شوب الإجارة . . . فلأن المستحق به منفعة ، ولو كان إجارة محضة . . . لا يشترط تأقيتها ، ولو كان بيعاً محضاً . . . لكان رأس الجدار لصاحب الجذوع ، والثاني : أنه إجارة اغتفر فيها التأيد ؛ للحاجة ، والثالث : أنه بيع يملك المشتري به مواضع رؤوس الجذوع .

وهذه الأوجه جارية إذا عقد بلفظ الصلح .

وجميع ما سبق تفريع على الجديد ، فإن قلنا بالقديم والإجبار . . . لم يجز أخذ العوض عنه .

والشوب : الخلط ، ويطلق على المخلوط به .

قوله : (فإذا بنى) أي : بعد جريان هذه المعاملة (. . . فليس لمالك الجدار نقضه بحال) أي : نقض بناء المشتري لا مجاناً ولا بدفع الأرض ؛ لأنه استحق دوام بنائه بعقد لازم ، وكذا ليس لمالك الجدار هدمه ولا منع المشتري أن يبني إذا لم يكن قد بنى ، قاله الإسنوي ، وهذا في صورتَي البيع ، أما في الإجارة . . . فله النقص عند انقضاء المدة ، قاله الزركشي .

(١) الحاوي الكبير (٤٨ / ٨) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (للبناء عليه) .

وَلَوْ انْهَدَمَ الْجِدَارُ فَأَعَادَهُ مَالِكُهُ . . فَلِلْمُشْتَرِي إِعَادَةُ الْبِنَاءِ .
وَسَوَاءٌ كَانَ الْإِذْنُ بِعَوَضٍ أَوْ غَيْرِهِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ قَدْرِ الْمَوْضِعِ الْمَبْنِيِّ عَلَيْهِ
طَوَلًا وَعَرْضًا ، وَسَمَكِ الْجُدْرَانِ ،

قوله : (ولو انهدم الجدار فأعاده ماله . . فللمشتري إعادة البناء) أي :
بتلك الآلات وبمثلها ؛ لأنه حق ثبت له ، ولو كان الانهدام والإعادة قبل بناء
المشتري . . كان للمشتري البناء .

فلو قال المصنف : (فللمشتري البناء) . . كان أخصر وأعم ، ولا يجبر
المالك على إعادته في الجديد .

فلو أراد صاحب الجذوع إعادته من ماله لبيني عليه . . كان له ذلك ويضع
عليه ما شاء وإن كان أكثر مما شرط على الجدار .

وله منع صاحب العرصه من فتح كوة وغرز وتد ونحوهما ، وليس له منعه
من السكون على الأصح .

وفهم من كلامه : أن العقد لا يفسخ بالانهدام ، وهو كذلك ؛ لالتحاقه
بالببوع .

ولو هدمه هادم قبل البناء . . فعليه قيمة حق البناء للمشتري ؛ للحيلولة ، فإن
أعيد . . استردها وإن هدمه بعد البناء ، بناء الرافعي على أن من هدم جدار غيره
هل يلزمه إعادته^(١) ؟ وهذا الخلاف لا يعرف من كلام غيره ، قاله الزركشي .

قوله : (وسواء كان الإذن) يعني : في وضع الجذوع (بعوض أو غيره
يشترط^(٢)) بيان قدر الموضع المبني عليه طولاً وعرضاً ، وسماك الجدران ،

(١) الشرح الكبير (١٠٩/٥) .

(٢) كذا في (أ) و (ب) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (أو بغيره يشترط) إلا
في « تحفة المحتاج » (٣٧٢/٥) ففيه : (أو بغيره فيشترط) .

وَكَيْفِيَّتِهَا ، وَكَيْفِيَّةِ السَّقْفِ الْمَحْمُولِ عَلَيْهَا .
وَلَوْ أذِنَ فِي الْبِنَاءِ عَلَى أَرْضِهِ . . كَفَى بَيَانُ قَدْرِ مَحَلِّ الْبِنَاءِ .

وكيفيتها ، وكيفية السقف المحمول عليها) لأن الغرض يختلف بذلك ،
وقيل : يكفي إطلاق البناء ويحمل على ما يحتمله المبني عليه .

وكيفية الجدران : كونها بالحجر أو بالطوب ونحوهما ، وكيفية السقف :
هل هو خشب أو أزج^(١) ، وهو المسمى بالعقد ، ولو أحضر الآلات . . كفى
عن وصفها وعن الوزن عند من يشترطه .

والسمك بفتح العين هو : الارتفاع .

قوله : (ولو أذن في البناء على أرضه) أي : بعوضٍ وبغيره . . جاز ، وهو
بغير عوضٍ عارية ، وبه إجارة أو بيع ؛ كما سبق^(٢) ، فيقول في البيع : بعثك
حق البناء عليها ، أو : بعثك سطح الأرض أو وجهها ، ولا يقول : بعثك
الأرض للبناء ؛ لأنها ليست مبيعة كلها ، كما لا يقول : بعثك الجدار للبناء
عليه .

قوله : (كفى بيان قدر محل البناء) لأن الغرض لا يختلف إلا به ، وقيل :
يجب بيان السمك والكيفية ؛ لأنه قد تطول بسببه مدة التفريغ عند انقضاء
الإجارة والإعارة .

وينبغي اشتراط قدر ما يحفر من الأساس ؛ لأن الغرض يختلف به ؛ بل
ينبغي أن لا يصح إيجار الأرض للبناء عليها ، ولا بيع حق البناء فيها إلا بعد
حفر الأساس ؛ ليرى ما يؤجره ، أو يبيعه ، أو يبيع حقوقه ، قاله السبكي .

(١) الأزج : بناء مستطيل مقوَّس السقف . المعجم الوسيط (ص : ١٥) .

(٢) أي : آنفاً .

وَأَمَّا الْجِدَارُ الْمُشْتَرَكُ . . فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا وَضْعُ جُذُوعِهِ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ فِي الْجَدِيدِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَدَّ فِيهِ وَتَدًّا أَوْ يَفْتَحَ كُوءَ بِلَا إِذْنٍ ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَيْهِ وَيَسْنِدَ مَتَاعًا لَا يَضُرُّ ، وَلَهُ ذَلِكَ فِي جِدَارِ الْأَجْنَبِيِّ ،

قوله : (وأما الجدار المشترك . . فليس لأحدهما وضع جذوعه عليه بغير إذن في الجديد) هما القولان في جدار الأجنبى ، فلو وضع بإذن الشريك ثم نقض ذلك البناء . . ففي « فتاوي القفال » : يجوز إعادة الجذوع من غير إذن الشريك .

وذكره الجذوع مثال فإن البناء عليه كذلك بشرطه السابق ؛ قاله الزركشي .

قوله : (وليس له أن يتد فيه وتداً أو يفتح كوة بلا إذن) أي : ونحو ذلك ، كتريب الكتاب^(١) .

وفهم من كلامه : أن الفتح بالإذن جائز ، وهو كذلك ، لكن بشرط أن يكون بلا عوضٍ ، وإلا . . كان صلحاً على الهواء والضوء ، وهو غير جائز ، وإذا فتح بالإذن . . فليس له السد أيضاً إلا بالإذن .

ويجوز للجار أن يبني حائطاً في ملكه ، وأن يسد كوة جاره .

والوتد بكسر التاء وفتحها ، ويقال : وَدٌّ بالإدغام ، ويتد بفتح أوله وكسر ثانيه .

قوله : (وله أن يستند إليه ويسند متاعاً لا يضر ، وله ذلك في جدار الأجنبى) لأنه لا ضرر فيه ، ولو منع أحدهما الآخر . . لم يلزمه الامتناع على الأصح من « زوائده » لأنه عناد محض^(٢) .

(١) بأن يأخذ منه تراباً ، ويحط على ما كتب ؛ ليحف الجبر . حاشية كردي من هامش « تحفة المحتاج » (٣٧٤ / ٥) .

(٢) روضة الطالبين (٤٤١ / ٣) .

وَلَيْسَ لَهُ إِجْبَارُ شَرِيكِهِ عَلَى الْعِمَارَةِ فِي الْجَدِيدِ .

قوله : (وليس له إجبار شريكه على العمارة في الجديد) لأن طالب العمارة كما يتضرر بامتناع الشريك منها فالشريك قد يتضرر أيضاً بتكليفها ، وكما لا يجبر على زراعة الأرض المشتركة ، لكنه في الأرض يجبر على إجارتها على الصحيح .

والقديم : يجبر ؛ لحديث : « لَا ضَرَرَ »^(١) . وصيانة للأموال المشتركة عن التعطل .

وعزاه ابن أبي هريرة للجدید وصححه جماعة ، واختاره في « الروضة » ، حكاه الزركشي ، والمراد على ما بينه الإمام : العمارة التي يختل الملك بتركها^(٢) ، أما الزيادة على ذلك . . فلا .

وقيدهما ابن داود بما إذا لم يمكن القسمة ، فإن أمكنت . . فلا إجبار قطعاً .

ويجري القولان في تنقية البئر والقناة والنهر ، وفي سقي الأشجار ، وفي السترة بين السطحين ، وفيما إذا انهدمت الدار التي علوها لواحد والسفل لآخر وطلب صاحب العلو إجبار صاحب السفل على إعادته ليبني عليه ، أما صاحب السفل . . فلا يجبر صاحب العلو على معاونته في إعادة السفل قولاً واحداً . فلو استهدم العلو فهدمه صاحب السفل بشرط أن يعيده . . فهو على القولين أيضاً ، وقيل : يجبر قطعاً ، ورجحها السبكي .

فإن قلنا بالقديم فأصر الممتنع . . أنفق الحاكم من ماله ، وإلا . . اقترض

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣٤١) عن ابن عباس رضي الله عنهما ، والدارقطني (٦٦٠) ، والبيهقي في « الكبير » (١١٤٩٥) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٢) نهاية المطلب (٤٩٧ / ٦) .

فَإِنْ أَرَادَ إِعَادَةَ مُنْهَدِمٍ بِآلَةٍ لِنَفْسِهِ . . لَمْ يُمْنَعْ ، وَيَكُونُ الْمُعَادُ مِلْكَهُ ، يَضَعُ عَلَيْهِ مَا شَاءَ ، وَيَنْقُضُهُ إِذَا شَاءَ .

عليه ، أو أذن للشريك في الإنفاق ؛ ليرجع عليه ، فإن استقل بالإنفاق . . فأصح الطرق : القطع بعدم الرجوع .

قال : وأما الجدار المشترك . . فسوى بينه وبين العلو والسفل المحاملي والبغوي ، وصاحب « التنبيه » في جريان الطريقتين^(١) ، وقال المحاملي : ظاهر المذهب : القطع بالإجبار .

قال السبكي : وترجيحه في هذه لا مأخذ له إلا التسوية ، والفرق ظاهر ؛ لأن صاحب العلو مستحق الحمل على السفل ، وأحد الشريكين لا استحقاق له على الآخر ، قال : وفهم ابن الرفعة من طريقة القطع في المشترك : أن الإجبار على أن يبني مع شريكه ، وهو الصحيح أو الصواب^(٢) .

قوله : (فإن أراد إعادة منهدم بآلة لنفسه . . لم يمنع) هذا في صاحب العلو إذا أراد إعادة السفل لا شك فيه ، وكذلك في الجدار المشترك الذي لأحدهما عليه حمل إذا أراد صاحبه الحمل ، وأما الذي لا حمل عليه لأحدهما . . فاقتضاه كلام البغوي ، وهو بعيد عن القواعد في الجديد ، قاله السبكي^(٣) .

قوله : (ويكون المعاد ملكه ، يضع عليه ما شاء وينقضه إذا شاء) لأنه بآلته ، وإذا كان للآخر عليه حمل . . فهو على حاله .

فرع : لو أنفق على البئر والنهر . . فليس له منع الشريك من سقي الزرع

(١) التهذيب (١٥٧/٤) ، التنبيه (ص : ٧٤) .

(٢) راجع « كفاية النبيه » (٨٣/١٠ - ٨٤) .

(٣) راجع « تحفة المحتاج » (٣٧٦-٣٧٧/٥) فإنه بين ما هنا من الإشكال والإجابة عنه .

وَلَوْ قَالَ الْآخَرُ : لَا تَنْقُضُهُ وَأَغْرَمُ لَكَ حِصَّتِي . . لَمْ تَلْزَمَهُ إِجَابَتُهُ .
وَأِنْ أَرَادَ إِعَادَتَهُ بِنُقْضِهِ الْمُشْتَرَكِ . . فَلِلْآخَرِ مَنَعُهُ .
وَلَوْ تَعَاوَنَا عَلَى إِعَادَتِهِ بِنُقْضِهِ . . عَادَ مُشْتَرَكًا كَمَا كَانَ .

والانتفاع بالماء ، وله منعه من الانتفاع بالدُّولاب والبكرة^(١) .

قوله : (ولو قال الآخر : لا تنقضه وأغرم لك حصتي . . لم تلزمه إجابته)
لأنه ملكه ، وهذا على الجديد ، أما على القديم : فتلزمه إجابته ، وكذا إذا
أعاد صاحب العلو السفلى بآلة نفسه وقال له صاحب السفلى : لا تنقضه وأغرم
لك قيمته .

قوله : (وإن أراد إعادته بنقضه المشترك . . فللآخر منعه) قاله الرافعي في
الجدار المشترك ، وفي السفلى إذا أراد صاحب العلو إعادته بنقضه^(٢) ، وقيل :
ليس له المنع ، وادعى الإمام : اتفاق الأصحاب عليه ، وجزم به في
« التنبيه »^(٣) وقال في « المطلب » : إنه الأشبه ، وكلام المصنف يفهم : جواز
الإقدام عليه عند عدم المنع ، قال في « المطلب » : إنه مفهوم كلامهم بلا
شك .

والنقض بكسر النون وضمها : المنقوض .

قوله : (ولو تعاونا على إعادته بنقضه . . عاد مشتركا كما كان) أي : سواء
تعاونا ببدنهما ، أو بإخراج أجره ، ولو شرطا لأحدهما زيادة . . لم يصح على
الصحيح ، وقيل : يصح لتراضيهما .

(١) البكرة : خشبة مستديرة في جوفها يخور تدور عليه . المعجم الوسيط (ص : ٦٧) .

(٢) الشرح الكبير (١١٠ / ٥) .

(٣) نهاية المطلب (٤٩٥ / ٦) ، التنبيه (ص : ٧٤) .

وَلَوْ انفَرَدَ أَحَدُهُمَا وَشَرَطَ لَهُ الْآخَرُ زِيَادَةً . . جَازَ وَكَانَتْ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ .

وَيَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ وَإِلْقَاءِ الثَّلْجِ فِي مِلْكِهِ عَلَى مَالٍ .

قوله : (ولو انفرد أحدهما ، وشرط له الآخر زيادة . . جاز وكانت في مقابلة عمله في نصيب الآخر) يحتمل صورتين إحداهما : أن تكون الإعادة بالنقض المشترك ، فإذا شرط له الآخر الثلثين . . فالسدس في مقابلة عمله ، وصورة الإمام فيما إذا شرط له سدس النقص في الحال ، فإن شرط بعد البناء . . لم يصح ؛ لأن الأعيان لا تؤجل^(١) .

الثانية : أن يكون بآلة أحدهما ، فإذا شرط له الآخر ثلثي الجدار . . فقد قابل ثلث الآلة المملوكة له وعمله بسدس العرصة المبني عليها . . ففيه قولاً الجمع بين البيع والإجارة ، والأصح : الصحة ، قال الرافعي : ولا يخفى أن شرط الصحة : العلم بالآلات وبصفات الجدار^(٢) .

قوله : (ويجوز أن يصالح على إجراء الماء وإلقاء الثلج في ملكه على مالٍ) أي : كحق البناء ، فإن قدر المدة . . فإجارة ، وإلا . . فعلى الأوجه في بيع حق البناء .

وعن القديم : أن الجار إذا احتاج إلى ذلك . . وجب ، فلا يجوز الاعتياض عنه .

وقوله : (في ملكه) يشمل السطح والأرض ، وهو كذلك في إجراء الماء ، وأما إلقاء الثلج . . فلا يجوز المصالحة عليه على السطح

(١) نهاية المطلب (٦ / ٤٩٠) .

(٢) الشرح الكبير (٥ / ١١٢) .

والمراد من إجراء الماء : ماء المطر ونحوه ، أما الغسالة فلا يجوز المصالحة على إجرائها على مالٍ ؛ لأنه لا تدعو الحاجة إليه .

قال الإمام البلقيني : انفرد بذكرها^(١) المتولي ، ولعل مراده حيث كان على السطح ولم يحصل البيان في مقدار ما يصب ، أما شراء حق ممر الماء على الأرض لحمام ونحوه . . فلا توقف في جوازه ، بل الحاجة إليه أكد من حاجة البناء . انتهى

يشترط في السطح سواء كان الإذن بعوضٍ أم بغيره بيان السطح الذي ينحدر منه الماء والذي ينحدر إليه ، وفي الأرض إن كان بغير عوضٍ . . لم يجب بيان ذلك ، وإن كان بعوضٍ . . وجب بيان موضع البناء فيه طولاً وعرضاً وعمقاً ، وقدر المدة .

قال في « الشامل » : ولا بد أن تكون الساقية محفورة فإن المستأجر لا يملك الحفر ، وإن باع . . وجب بيان الطول والعرض ، وفي العمق وجهان ؛ بناء على أن المشتري يملك المجرى أو لا يملك إلا حق الإجراء .

وأشار الرافعي إلى ترجيح الأول ، وهذا إذا كان لفظ البيع : بعت منك مسيل الماء ، أو : مجراه ، فإن قال : حق مسيل الماء ، أو : مجراه . . فهو كبيع حق البناء لا يُملَك به عينٌ على الأصح ، وليس له دخول الأرض التي استحق إجراء الماء فيها بغير إذن مالِكها إلا لتنقية النهر ، وعليه أن يخرج ما يخرج من النهر^(٢) .

وقوله : (في ملكه) ليس بقيد ، بل يجوز ذلك في الأرض الموقوفة

(١) أي : مسألة الغسالة . راجع « تحرير الفتاوي » (٦٧/٢) .

(٢) الشرح الكبير (١١٦/٥) ، وعبارته : (وعليه أن يخرج من أرضه ما يخرج من النهر) .

وَلَوْ تَنَازَعَا جِدَارًا بَيْنَ مَلِكَيْهِمَا ؛ فَإِنْ اتَّصَلَ بِنَاءٍ أَحَدِهِمَا بِحَيْثُ يُعْلَمُ
أَنَّهُمَا بَنِيَا مَعًا . . فَلَهُ الْيَدُ ،

والمستأجرة ؛ كما قاله سُلَيْمٌ في « التقریب » ، قال : لكن يعتبر هنا أمران :
التأقيت ؛ لأن الأرض غير مملوكة فلا يعقد عليها مطلقاً ، وأن يكون هناك
ساقية ؛ لأنه ليس له إحداث ساقية فيها ابتداء ، حكاها الزركشي .

قوله : (ولو تنازعا جداراً بين ملكيهما ؛ فإن اتصل ببناء أحدهما بحيث
يعلم أنهما بنيا معاً . . فله اليد) أي : فيحلف ويحكم له بالجدار .

وصورته : أن يدخل نصف لبنات الجدار المتنازع فيه في جداره الخاص ،
ونصف لبنات جداره الخاص في المتنازع فيه ، ويظهر ذلك في الزوايا ،
ولا يكفي في الترجيح وجود ذلك في مواضع معدودة من طرف الجدار .

ومما يثبت به الترجيح : أن يكون لأحدهما عليه أَرْج - بهمزة وزاي
مفتوحتين بعدهما جيم وهو : العقد - لا يمكن إحداثه بعد تمام الجدار ؛ بأن
أُميل من مبدأ ارتفاعه عن الأرض قليلاً قليلاً ، فلو كان يمكن إحداثه بأن يكون
الميل بعد ارتفاع الجدار ، أو قبة فوق الجدران . . فالذي قاله القاضي حسين
والماوردي والإمام : أنه لا يقتضي الترجيح ، وظاهر كلام القاضي أبي الطيب
وصاحب « التنبيه » : أنه يقتضي الترجيح^(١) .

وقوله : (بحيث يعلم أنهما) بكسر الهمزة ، وكذا أَيْنَمَا وقعت بعد
(حيث) لأن المعروف أنها لا تضاف إلا إلى جملة ، قاله الإسنوي^(٢) .

(١) نهاية المطلب (٤٨١/٦) ، الحاوي الكبير (٤٣/٨) ، التنبيه (ص : ١٥٨) .

(٢) قال ابن حجر في « تحفة المحتاج » (٣٨٤/٥) : (بالفتح ، وزعم كسرهما ؛ لأن « حيث
لا تضاف إلا إلى جملة . . غفلة عن كونها معمولة لـ « يعلم » لا لـ « حيث » وبفرض كونها
معمولة لـ « حيث » لا يتعين الكسر ؛ لأن الجملة التي تضاف إليها « حيث » قد تؤول
بمصدر ؛ بناء على أنها قد تضاف للمفرد) .

وَالْأَ... فَلَهُمَا .

فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً... قُضِيَ لَهُ ، وَالْأَ... حَلَفَا ،

قوله : (وإلا... فلهما) أي : وإن لم يحصل الاتصال المذكور ؛ بأن كان منفصلاً عنهما ، أو متصلًا بأحدهما اتصالاً يمكن إحداثه... فاليد فيه لهما ؛ لعدم المرجح .

ولو كان الجدار المتنازع فيه مبنياً على خشبة طرفها في ملك أحدهما وليس فيها شيء في ملك الآخر... فالخشبة لمن طرفها في ملكه ، والجدار المبنى عليها تحت يده ظاهراً ، جزم به الرافعي ، وفيه احتمال للإمام^(١) .

ولو كان الجدار المتنازع فيه مبنياً على تربع أحد الملكين... فقد جعله في « التنبيه » كالمتصل اتصالاً غير ممكن الإحداث^(٢) ، وإن القول قول صاحب الملك ولم يخالفه المصنف في « التصحيح » فَيَرَدَانِ عَلَى إِطْلَاقِهِ .

وقيل : يستويان في القدر الذي بين عرصتيها من الحائط بعد تحالفهما ، وهكذا إذا كان مساوياً لأحد الملكين في الحد والارتفاع ، حكاه الماوردي^(٣) .

قوله : (فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً... قُضِيَ لَهُ) لأن البينة مقدمة على اليد .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يقم أحدهما ببينة ، أو أقامها كل واحدٍ منهما (. . حلفا) أي : حلف كل واحدٍ منهما لصاحبه ؛ لأن كلاً منهما مدعى عليه ويده على النصف ، فالقول قوله فيه كالعين الكاملة .

(١) الشرح الكبير (١٢٠ / ٥) ، نهاية المطلب (٤٨٤ / ٦) .

(٢) التنبيه (ص : ١٥٨) .

(٣) راجع « الحاوي الكبير » (٤٣ / ٨) .

فَإِنْ حَلَفَا أَوْ نَكَلَا . . جُعِلَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا . . قُضِيَ لَهُ ، وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ . . لَمْ يُرَجَّح .

وَالسَّقْفُ بَيْنَ عُلُوهِ وَسُفْلٍ غَيْرِهِ كَجِدَارٍ بَيْنَ مَلَكَيْنِ ، فَيُنْظَرُ أَيُّمَكْنُ إِحْدَاثُهُ بَعْدَ الْعُلُو . . فَيَكُونُ فِي يَدِهِمَا ،

قوله : (فَإِنْ حَلَفَا) أي : حلف كل واحدٍ منهما على نفي استحقاق صاحبه للنصف الذي في يده (أَوْ نَكَلَا . . جعل بينهما) بظاهر اليد .

قوله : (وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا . . قضى له) أي : بالجميع .

وصورة المسألة : أن يحلف على نفي استحقاق صاحبه للنصف الذي في يده بعد طلبه ثم يحلف أنه يستحق النصف الذي^(١) في يد صاحبه بعد أن يرد اليمين عليه ، فلو كان القاضي قد بدأ بصاحبه أولاً فنكل وطلب يمين غريمه ، فعرض على هذا فحلف أن جميعها له . . فالظاهر : أن ذلك يكفي ؛ لأنه متضمن النفي والإثبات ، قاله السبكي ، وأما لو بدأ بأحدهما فحلف ثم عرض على الآخر فنكل . . فلا بد من يمين الحالف أولاً اليمين المردودة .

قوله : (وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ . . لم يرجح) لأن وضعها قد يكون بإعارة ، أو إجارة ، أو بيع ، أو بقضاء قاض يرى الإيجابار على الوضع ، فلا يترك المحقق بالمحتمل ، والذي ينزله عليه من هذه الأسباب إنما هو الإعارة حتى يجوز للمالك القلع مع غرامة الأرض ، كذا قاله الفوراني .

قال في « المطلب » : وقياسه السفية بأجرة دائماً ، حكاه الزركشي .

قوله : (وَالسَّقْفُ بَيْنَ عُلُوهِ وَسُفْلٍ غَيْرِهِ كَجِدَارٍ بَيْنَ مَلَكَيْنِ ، فَيُنْظَرُ أَيُّمَكْنُ إِحْدَاثُهُ بَعْدَ الْعُلُو . . فيكون في يدهما) وذلك : بأن يفرض سقف عال ثم سقف

(١) من قوله (يده بعد . .) إلى قوله : (النصف الذي) غير موجود في (أ) .

أَوْ لَا . . فَلِصَاحِبِ السُّفْلِ .

دونه فإن إحداثه ممكن بأن تدرج رؤوس الأجزاء في وسط الحائط وينظم عليها السقف .

قوله : (أو لا . . فلصاحب السفلى) أي : إذا لم يمكن إحداثه ؛ كالأزح فإنه يكون في يد صاحب السفلى ؛ لاتصاله ببنائه .

والعلو بضم العين وكسرهما مع سكون اللام فيهما ، ومثله السفلى ، كذا ضبطه الجوهري^(١) .

* * *

(١) الصحاح (ص : ٧٣١) .

بَابُ الْحَوَالَةِ

.....

(باب الحوالة)

الحوالة : بفتح الحاء معناها في اللغة : الانتقال ، من قولهم : حال عن العهد : إذا انتقل عنه ، وفي الاصطلاح : نقل دين من ذمة إلى ذمة .

قال السبكي : المناسب للاشتقاق أن يقال : انتقل الدين ، أو يراد بالنقل العقد ؛ تسمية له باسم المقصود منه ، وهو الانتقال .

وهل هي بيع أو استيفاء ؟ وجهان ؛ أصحابهما عند الرافعي وغيره : أنها بيع^(١) ؛ كأن المحيل باع ما في ذمة المحال عليه بما في ذمته ، والمحتال باع ما في ذمة المحيل بما في ذمة المحال عليه ، فملك كل واحد منهما ما لم يكن يملك ، وعلى هذا وجوه ؛ أصحابها : أنها بيع دين بدين ، جوز للحاجة ، والثاني : أنها استيفاء ، واختاره السبكي .

والأصل فيها : الإجماع ، وما رواه الشيخان عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ .. فَلْيَتَّبِعْ »^(٢) .

وفي رواية عند أحمد والبيهقي : « وَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ .. فَلْيَخْتَلْ »^(٣) .

(١) الشرح الكبير (١٢٦/٥) .

(٢) صحيح البخاري (٢٢٨٧) ، صحيح مسلم (١٥٦٤) .

(٣) مسند أحمد (٥٤٩٥ ، ١٠١١١) ، السنن الكبير (١١٥٠٠) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

يُشْتَرَطُ لَهَا : رِضَا الْمُحِيلِ وَالْمُحْتَالِ ،

وهذا الأمر عند جمهور العلماء للندب .

والمشهور إسكان التاء في « أُتْبِعَ » ، وفي « فَلْيَتْبَعْ » ومعناه : إذا أحيل بالدين الذي له على موسر ثقة .. فليحتل ، قال الجوهري : يقول : أُتْبِع فلانٌ : إذا أحيل عليه^(١) .

والتببع : الذي لك عليه مال .

والمليء : بالهمزة من الامتلاء ، يقال : ملؤ الرجل بضم اللام ملأه .

والمطل : إطالة المدافعة ، قاله الأزهري^(٢) ، وهو يقتضي اشتراط التكرار ؛ كما ذهب إليه المصنف^(٣) ، قال السبكي : الحديث يشعر بكونه كثيرة والكثيرة لا يشترط فيها التكرار .

نعم ؛ لا يحكم عليه بذلك حتى يظهر عدم عذره .

قوله : (يشترط لها : رضا المحيل والمحتال) أما رضا المحيل .. فلأن له قضاء الدين من حيث شاء ، وأما رضا المحتال .. فلأن حقه في ذمة المحيل ، فلا ينتقل إلا برضاه .

والرضا لا يعرف إلا بالإيجاب والقبول ، قال السبكي : فيقول : أحلتك على فلانٍ ، أو : حولت ما في ذمتي إلى ذمته ، أو : نقلت ، وما أشبه ذلك ، فيقول : قبلت ، أو : احتلت .

وفي « التحرير » عن « الكافي » : لو قال : أحلتك على فلانٍ بكذا ، ولم

(١) الصحاح (ص : ١٢٤) .

(٢) تهذيب اللغة (٣٦٢ / ١٣) .

(٣) شرح صحيح مسلم (٤٧١ / ٥) .

لَا الْمُحَالِ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ .

وَلَا تَصِحُّ عَلَى مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ : تَصِحُّ بِرِضَاهُ .

يقول : بالدين الذي لك عليّ . . قيل : هو صريح في الحوالة ، وقيل : كناية^(١) . انتهى .

ولو قال المحتال : أحلني ، فقال : أحلتك . . فعلى الخلاف في البيع ، وقيل : ينعقد قطعاً .

قوله : (لا المحال عليه في الأصح) لأن الحق للمحيل ، فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره ، والثاني : يشترط ؛ لأنه أحد أركان الحوالة فأشبه المحيل ، ونسب إلى النص ، فيكون الخلاف قولين ، قاله الإسنوي^(٢) .

قوله : (ولا تصح على من لا دين عليه ، وقيل : تصح برضاه) بناهما الجمهور على أنها معاوضة أو استيفاء ، فعلى الأول : لا يصح ؛ لأنه ليس على المحال عليه شيء يجعله عوضاً عن حق المحتال ، وإن قلنا : استيفاء . . صح ؛ كأنه استوفاه من المحيل وأقرضه المحال عليه ، وعلى هذا : فالأكثر على أن المحيل لا يبرأ .

قال في « المهمات » : نقل الرافعي عن الجمهور : صحة الحوالة على قول الاستيفاء ، ومتى وقع الاستيفاء . . لزمت البراءة ، فلا يصح النفي بعد ذلك^(٣) .

قال ابن العماد : قبول المحال عليه ولا دين نازل منزلة الضمان ، ومجرد الضمان لا يبرئ المضمون عنه ، فإذا حصل الدفع . . حصلت البراءة من جهة

(١) تحرير الفتاوي (٦٩ / ٢) .

(٢) المهمات (٤٧٤ / ٥) .

(٣) المهمات (٤٧٥ / ٥) .

وَتَصِحُّ بِالَّذِينَ اللَّازِمُ ، وَعَلَيْهِ

المحتال قطعاً ، ولا رجوع للمحال عليه إن تبرع بالأداء ، وإلا . . فيرجع ،
 وكلام الجمهور السابق إنما هو إذا وقع الاستيفاء ؛ أي : إذا حصل القبض . .
 حصلت البراءة .

قوله : (وتصح بالدين اللازم ، وعليه) أي : سواء اتفق سبب الوجوب
 فيهما أو اختلف .

وشمل إطلاقه : دين السلم ، والأصح : أنه لا يجوز الحوالة به ولا عليه
 مع لزومه .

قال السبكي : فكان ينبغي أن يقول : (المستقر) ، قال : واللزوم : عبارة
 عن عدم الخيار ، والاستقرار : عبارة عن عدم تطرق الانفساخ إليه بتلفه أو
 بتعذره ، وحيث أطلق . . فالمراد به المقتضى للتسليط على التصرف ، وقد
 يحصل في أحد العوضين دون الآخر ، فالاستقرار في العوض المقبوض لا في
 العقد ، ويراد لتكامل العقد مطلقاً ، ولا بد فيه من قبض العوضين جميعاً .

وقال ابن العماد : صاحب « التتمة » لم يعلل المنع في دين السلم بعدم
 الاستقرار ، بل بمنع الاعتياض ، فقال : إن قلنا الحوالة معاوضة . . فلا
 يصح ؛ لأن الاعتياض عن دين السلم فيه غير جائز ، فأما إن قلنا : قبض
 وإقراض . . فالصحيح : أنه لا يجوز ؛ لأن الحوالة قبض حكمي ، وفي السلم
 يعتبر حقيقة القبض ، ولهذا لا يجوز أخذ غير المسمى بدلاً عنه .

ونسب الزركشي قوله : (وينبغي التعبير بـ « المستقر » ليخرجه) . .
 لـ « الروضة »^(١) ، وقال : حَافِظٌ عَلَى عَكْسِهِ فَأَخْلَ بَطَرُهُ ، فإن الأجرة قبل

(١) روضة الطالبين (٤٦٥ / ٣) .

الْمِثْلِيُّ ، وَكَذَا الْمُتَقَوِّمُ فِي الْأَصَحِّ ، وَبِالثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، وَعَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ .

وَالْأَصَحُّ : صِحَّةُ حَوَالَةِ الْمُكَاتَبِ سَيِّدَهُ بِالنُّجُومِ ، دُونَ حَوَالَةِ السَّيِّدِ عَلَيْهِ .

مضي المدة ، والصدّاق قبل الدخول ، والثمن قبل قبض المبيع غير مستقر ، ومع ذلك تصح الحوالة بها وعليها .

والتحقيق أن اللازم يصح سواء كان مستقراً ؛ كدين القرض ، أو غير مستقر ؛ كالصور السابقة ، ولا نظر إلى احتمال سقوطه كما لا نظر إلى احتمال سقوط المستقر بالإبراء ، ولا يرد دين السلم ، فإن امتناعه بمنع الاعتياض عنه .

قوله : (المثلّي) أي : كالنقدين والحبوب (وكذا المتقوم في الأصح) أي : كالثياب والعبيد ؛ لثبوته في الذمة ولزومه ، والثاني : لا ؛ لأن مقصود الحوالة إيصال المستحق إلى حقه من غير تفاوت ، وهذا لا يتحقق في المتقوم ، وقيل : لا يصح إلا بالأثمان خاصة .

قوله : (وبالثمن في مدة الخيار) أي : بأن يحيل المشتري البائع (وعليه) بأن يحيل البائع على المشتري (في الأصح) لأنه يؤول إلى اللزوم ، والثاني : لا يصح لا به ولا عليه ، وعلى الأصح : لا ينقطع الخيار ، فلو انقسم البيع . بطلت الحوالة جزماً .

وقوله : (في مدة الخيار) احتراز به : عما بعد انقضائه وقبل قبض المبيع ، فيصح على المذهب ، قاله الزركشي .

قوله : (والأصح : صحة حوالة المكاتب سيده بالنجوم ، دون حوالة السيد عليه) للزومها من جهة السيد وجوازها من جهة المكاتب ، وقيل :

وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِمَا يُحَالُ بِهِ وَعَلَيْهِ قَدْرًا وَصِفَةً ، وَفِي قَوْلٍ : تَصَحُّ بِإِبْلِ الدِّيَةِ وَعَلَيْهَا .

وَيُشْتَرَطُ تَسَاوِيهِمَا جِنْسًا وَقَدْرًا ،

يصحان ، وقيل : لا يصحان .

ومقتضى إطلاق الرافعي : أنه لا فرق في جواز حوالة المكاتب سيده بين النجوم الحالة والمؤجلة ، وفي « الكفاية » : أن المحاملي والجرجاني خصصا الجواز بما بعد الحلول دون ما قبله^(١) .

ولو كان للسيد عليه دين معاملة فأحال عليه . . صح في الأصح ، واحترز عنه بقوله : (بالنجوم) .

قوله : (ويشترط العلم بما يحال به وعليه قدراً وصفة) أي : بصفات السلم سواء كان مثلياً أو متقوماً ؛ لأن المجهول لا يصح بيعه ولا استيفاءه ، والمراد : علم كل واحد منهما .

قوله : (وفي قولٍ : تصح بإبل الدية وعليها) أي : بناء على جواز المصالحة عليها والاعتياض عنها ، والأصح : المنع ؛ للجهل بصفاتها .
والخلاف في « الروضة » و« أصلها » وجهان أو قولان^(٢) .

قوله : (ويشترط تساويهما) أي : الدينين (جنساً) أي : فلا يحال بالدرهم على الدينار ، ولا عكسه (وقدراً) لأننا إن جعلنا الحوالة استيفاءً . . استحال مع المخالطة ، وإن جعلناها معاوضة . . فهي معاوضة إرفاق ؛ للحاجة ، فاشترط فيها التجانس والتساوي في القدر والصفة ؛ كالقرض ،

(١) الشرح الكبير (١٣٠/٥) ، كفاية النبيه (٩٨/١٠) .

(٢) روضة الطالبين (٤٦٥/٣) ، الشرح الكبير (١٣٠/٥) .

وَكَذَا حُلُولاً وَأَجْلاً وَصِحَّةً وَكُسْرًا فِي الْأَصَحِّ .

وَيَبْرَأُ بِالْحَوَالَةِ الْمُحِيلُ عَنْ دَيْنِ الْمُحْتَالِ ، وَالْمُحَالُ عَلَيْهِ عَنْ دَيْنِ الْمُحِيلِ ، وَيَتَحَوَّلُ حَقُّ الْمُحْتَالِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ .

وقيل : يصح بالقليل على الكثير ويكون متبرعاً بالزيادة .

قوله : (وكذا حلولاً وأجلاً ، وصحةً وكسراً في الأصح) أي : فلا يحال بحالٍ على مؤجل ولا عكسه ، ولا بالأقرب أجلاً على الأبعد ولا عكسه ، ولا بصحيح على مكسر ولا عكسه .

والثاني : يجوز بما فيه النفع للمحتال ، فيجوز بالمؤجل على الحال ، وبالأبعد أجلاً على الأقرب ، وكأنه تبرع بالزيادة ، وبالمكسر على الصحيح ؛ لأنه يجب قبوله عنه ، دون العكس في الكل .

وعبر في « الروضة » بالصحيح^(١) .

فرع : إذا كان بالدين المحال عليه ضامن . . لم ينتقل بصفة الضمان ، بل يبرأ الضامن ، صرح به الرافعي^(٢) ، وكذا إذا كان به رهن ، لا ينتقل الرهن أيضاً ، صرح به المتولي وغيره .

قوله : (ويبرأ بالحوالة المحيل عن دين المحتال ، والمحال عليه عن دين المحيل ، ويتحول حق المحتال إلى ذمة المحال عليه) لأن هذا هو فائدة الحوالة .

ولو شرط ألا يبرأ المحيل ، أو يكون ضامناً حتى يقبض . . ففي كونها حوالة فاسدة ، أو ضماناً بلفظ الحوالة فيصح وجهان ، ولو أدى المحيل بعد الحوالة . . كان متبرعاً .

(١) روضة الطالبين (٤٦٦/٣) .

(٢) الشرح الكبير (١٧٢/٥) .

فَإِنْ تَعَذَّرَ بِفَلْسٍ أَوْ جَحْدٍ وَحَلَفٍ وَنَحْوِهِمَا . لَمْ يَرْجَعْ عَلَى الْمُحِيلِ ،
فَلَوْ كَانَ مُفْلِساً عِنْدَ الْحَوَالَةِ وَجَهْلَهُ الْمُحْتَالُ . . فَلَا رُجُوعَ لَهُ ، وَقِيلَ : لَهُ
الرُّجُوعُ إِنْ شَرَطَا يَسَارُهُ .

قوله : (فَإِنْ تَعَذَّرَ بِفَلْسٍ أَوْ جَحْدٍ وَحَلَفٍ وَنَحْوِهِمَا . . لَمْ يَرْجَعْ عَلَى
المحيل) لأنها استيفاء أو بيع مقبوض ، ولا فرق بين جحد الدين وجحد
الحوالة ، ولو شرط الرجوع بتقدير الإفلاس أو الجحد . . فأوجه ، ثالثها :
تصح الحوالة ويلغو الشرط .

وقوله : (ونحوهما) أي : كالتعذر بشوكته ، أو بموت البينة بعد موته
موسراً .

فرع : لو قبل المحتال الحوالة من غير اعتراف بالدين . . كان قبوله
متضمناً ؛ لاستجماع شرائط الصحة ، فيؤاخذ بذلك لو أنكر المحال عليه ،
وهل له تحليف المحيل أنه لا يعلم براءته ؟ وجهان .

قوله : (فلو كان مفلساً عند الحوالة وجهله المحتال . . فلا رجوع له) لأن
الحق قد تحول ، والمحتال مقصر في ترك الفحص ، ولا فرق بين أن يغره
بذكر يسار المحال عليه أو لا .

قوله : (وقيل : له الرجوع إن شرطاً^(١) يساره) كما لو اشترى عبداً بشرط
أنه كاتب فبان خلافه ، وجوابه : أنه لو ثبت الرجوع عند الشرط . . لثبت عند
عدمه ؛ لأنه نقص ؛ كالغيب ، وقيل : يرجع وإن لم يشرط ، واختاره
الغزالي .

فرع : حكى الخوارزمي : خلافاً في صحة الإقالة في الحوالة ، وصحح

(١) قول : (شرطاً) كذا في (أ) و (ب) و « المنهاج » و « بداية المحتاج » ، وفي سائر الشروح
المطبوعة : (شرط) .

وَلَوْ أَحَالَ الْمُشْتَرِي بِالْثَمَنِ ، فَرَدَّ الْمَبِيعَ بَعِيْبٍ . . بَطَلَتْ فِي الْأَظْهَرِ ، أَوْ
الْبَائِعُ بِالْثَمَنِ فَوُجِدَ الرَّدُّ . . لَمْ تَبْطُلْ عَلَى الْمَذْهَبِ

الجواز ، وقيد المسألة بأن يكون ذلك بدون إذن المحال عليه ، ومقتضاه : أنه
إن كان بإذنه . . صح وجهاً واحداً ، حكاه في « التحرير » عن الإمام البلقيني ،
ثم قال : لا يمكن مع تصحيح الإقالة عدم الرجوع على المحيل ، بل متى
صحت . . رجع عليه^(١) .

قوله : (ولو أحال المشتري بالثمن ، فرد المبيع بعيب . . بطلت في
الأظهر) القولان مبنيان على أنها استيفاء أو معاوضة .
فإن قلنا : استيفاء . . بطلت ؛ كما لو اشترى بمكسر فتطوع بأداء صحيح ،
ثم رد بالعيب . . فإنه يسترد الصحيح .

وإن قلنا : اعتياض . . لم تبطل ؛ كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ، ثم رد
المبيع بعيب . . فإنه لا يبطل الاستبدال عند الجمهور ، وقيل : تبطل الحوالة
قطعاً ، وقيل : لا قطعاً .

ولا فرق عند الجمهور بين أن يكون الرد بالعيب بعد قبض المبيع أو قبله ،
ولا بين أن يكون الرد بعد قبض البائع الثمن أو قبله ، وذكر الرد بالعيب مثال ،
فلو رده بخيار أو إقالة أو تحالف . . فالحكم كذلك .

قوله : (أو البائع بالثمن) أي : أحال البائع رجلاً بالثمن على المشتري
(فوجد الرد . . لم تبطل على المذهب) أي : سواء أقبض المحتال مال الحوالة
من المشتري أم لا ؛ لأن الحوالة هنا يتعلق بها حق غير المتعاقدين ، فلا يبطل
حقه بفسخهما ، فإن كان المحتال قبض من المشتري . . رجع المشتري على

(١) تحرير الفتاوى (٧٢ / ٢ - ٧٣) .

وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا وَأَحَالَ بِثَمَنِهِ ، ثُمَّ اتَّفَقَ الْمُتَبَايعَانِ وَالْمُحْتَالُ عَلَى حُرِّيَّتِهِ ،
أَوْ ثَبَّتَ بَيِّنَةً . . بَطَلَتِ الْحَوَالَةُ ،

البائع ، وإلا . . فالأصح : أن المشتري لا يرجع على البائع حتى يقبض المحتال .

قوله : (ولو باع عبداً وأحال بثمنه ، ثم اتفق المتبايعان والمحتال على حريته ، أو ثبتت بيينة . . بطلت الحوالة) أي : لم يصح ؛ لأنه بان أن لا ثمن ، وكذا لو اتفقوا على أنه مستحق ، أو قامت البينة به ، وهذه البينة قد تشهد حسبة ، والمشتري منكر ، أو يقيمها العبد ؛ إذا كان المشتري قد باعه لغيره .

ولا فرق في شهادة الحسبة وإقامة العبد البينة بين أن يتقدم منه إقرار بالرق أو لا ؛ لأن العتق حق لله تعالى .

ولو باعه وهو كبير ولم يعترف بالرق . . فالقول قوله في أنه حر الأصل ، فلا يحتاج إلى بينة ، قاله السبكي .

وفي « المهمات » : إن لم يعترف العبد حال البيع بالرق . . كان القول قوله بلا بينة^(١) .

قال ابن العماد : ينبغي تخصيصه بما إذا لم يصدر من العبد بعد البيع ما يتضمن الاعتراف بالرق ؛ كقوله للمشتري : يا مولاي ، أو قوله بعد ذلك : بُعِنِي ، أو كانت أمة فمكنت من الوطاء ، فإن كان ذلك . . لم يسمع منه دعوى الحرية السابقة على البيع .

وهذا إنما يجيء على الأصح ، وهو : أنه لا يشترط لصحة البيع تصديق العبد بملك البائع .

(١) المهمات (٤٨٢/٥) .

وَإِنْ كَذَّبَهُمَا الْمُحْتَالُ وَلَا بَيِّنَةٌ . . حَلَفَاهُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ، ثُمَّ يَأْخُذُ الْمَالَ مِنَ الْمُشْتَرِي .

وَلَوْ قَالَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ : وَكَلْتُكَ لِتَقْبِضَ لِي ، وَقَالَ الْمُسْتَحَقُّ :
أَحْلَيْتَنِي ، أَوْ قَالَ : أَرَدْتُ بِقَوْلِي : أَحْلَيْتُكَ الْوَكَالَةَ ، وَقَالَ الْمُسْتَحَقُّ : بَلْ
أَرَدْتُ

ثم قال فيها : وإن اعترف به . . كان مكذباً للبيئة بالصريح^(١) ، ورده ابن
العماد : بأن ما تعلق به حق الله تعالى . . لا يؤثر فيه الاعتراف ؛ لأن الزوج
والزوجة لو اتفقا على أن الولد ليس منه . . لم ينتف إلا باللعان ؛ لحق الولد .

قوله : (وإن كذبهما المحتال ولا بيينة . . حلفاه على نفي العلم) يعني :
إذا ادعى المحتال على المتبايعين بصحة الحوالة . . فلهما تحليفه على نفي
العلم ؛ دفعاً عن أنفسهما ، فيقول : والله لا أعلم حريته .

وعبارة الكتاب توهم توقف الحلف على اجتماعهما ، قال الإسنوي :
والموافق للقواعد : أنه يحلف لمن استحلفه منهما ، لكن هل يكفي تحليف
أحدهما لكون خصومتها واحدة ، أم لا ؟ فيه نظر .

قوله : (ثم يأخذ المال من المشتري) لبقاء الحوالة في حقه بحلفه ، وفي
رجوع المشتري على البائع وجهان ، ولو نكل المحتال . . حلف المشتري ، ثم
إن جعلنا اليمين المردودة كالإقرار . . بطلت الحوالة ، وإن جعلناها كالبيئة . .
فكما لو حلف .

قوله : (ولو قال المستحق عليه : وكلتك لتقبض لي ، وقال المستحق :
أحلتني ، أو قال : أردت بقولي : أحلتك الوكالة ، وقال المستحق : بل أردت

الْحَوَالَةَ . . صُدِّقَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ بِيَمِينِهِ ، وَفِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ وَجْهٌ .
وَإِنْ قَالَ : أَحْلَيْتُكَ ، وَقَالَ : وَكَلَّتْنِي . . صُدِّقَ الثَّانِي بِيَمِينِهِ .

الحوالة . . صدق المستحق عليه بيمينه) لأن الأصل استمرار حقه على من عليه ، ولأنه في التصوير الثاني أعرف بنيته .

قوله : (وفي الصورة الثانية وجه) أي : بتصديق المستحق ؛ لأن الظاهر معه ، ومحل الخلاف ما إذا قال : أحلتك بمئة ، أو بالمئة التي لي على عمرو ، أما إذا قال : أحلتك بالمئة التي لك عليّ على المئة التي لي على عمرو . . فالقول قول المستحق بلا خلاف .

فإذا حلف المستحق عليه ؛ فإن لم يكن المستحق قد قبض . . فليس له القبض ؛ لأن الحوالة لم تثبت ، والوكالة ارتفعت بالإنكار ، وإن قبض . . برئت ذمة المقبوض منه ؛ لدفعه إلى وكيل أو محتال ، وعليه تسليمه للمستحق عليه ، وله مطالبة المستحق عليه بحقه في الحالين .

قوله : (وإن قال : أحلتك ، وقال^(١) : وكلتني . . صدق الثاني بيمينه) لاتفاقهما على شغل ذمة المحيل وهو يدعي براءتها بالحوالة ، والأصل عدمه ، فإن كان المستحق قد قبض . . برئت ذمة المقبوض منه ؛ لأنه محتال أو وكيل ، وإن لم يقبض . . فليس له القبض ؛ لانعزاله بإنكار الموكل الوكالة ، وله مطالبة المستحق عليه ، وفي رجوع المستحق عليه إلى المحال عليه وجهان .

* * *

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (فقال) .

بَابُ الضَّمَانِ

شَرَطُ الضَّامِنِ : الرُّشْدُ ،

(بَابُ الضَّمَانِ)

هو : عبارة عن الالتزام ؛ إما لما ثبت في ذمة الغير من المال ، وإما لإحضار من عليه حق لآدمي ، ويطلق أيضاً على العقد الذي يحصل به الالتزام .

تقول : ضمنت الشيء ، وضمنت به ، فأنا ضامن وضمن .

ويسمى الضامن أيضاً : حميلاً بحاء مهملة ، وزعيماً ، وكفياً .

قال صلى الله عليه وسلم : « الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ » . رواه أبو داود ، والترمذي ، وحسنه ، وابن حبان في « صحيحه »^(١) .

(الزعيم) : الكفيل ، و(الغارم) : الضامن .

وحديث علي وأبي قتادة في ضمان الميت مشهوران ، وفي رواية النسائي : فقال أبو قتادة : أنا أتكفل به^(٢) .

والإجماع على صحته في الجملة .

قوله : (شرط الضامن : الرشد) أي : فلا يصح من الصبي والمجنون

(١) سنن أبي داود (٣٥٦٥) ، سنن الترمذي (٢٢٥٣) ، صحيح ابن حبان (٥٠٩٤) عن أبي أمامة رضي الله عنه .

(٢) حديث علي رضي الله عنه أخرجه الدارقطني (ص : ٦٦١) ، والبيهقي في « الكبير » (١١٥٠٩) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه ، وحديث أبي قتادة رضي الله عنه ، أخرجه البخاري (٢٢٨٩) عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه ، والنسائي (٤٦٩٢) عن أبي قتادة رضي الله عنه .

وَضَمَانٌ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِفَلْسٍ كَشْرَائِهِ .

وَضَمَانٌ عَبْدٌ بَغِيرٍ إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ فِي الْأَصَحِّ ، وَيَصِحُّ بِإِذْنِهِ ،

والسفيه ، فلو ضمن ثم قال : كنت يوم الضمان صبياً وكان محتملاً . . قبل قوله بيمينه ، وكذا لو قال : كنت مجنوناً وثبت له جنون سابق ، وإلا . . فالقول قول المضمون له مع يمينه .

وَيَرُدُّ عَلَيْهِ الْمَكْرَهَ لَا يَصَحُّ ضَمَانُهُ ، وكذلك المكاتب ، والسكران بمحرّم يصح ضمانه على الصحيح ، وليس برشيد ، وكذا من بلغ رشيداً ثم زال رشده ولم يحجر عليه . . يصح ضمانه وغيره^(١) .

قوله : (وضمان محجور عليه بفلس كشرائه) أي : بضمن في ذمته ، والصحيح : صحته ، ويطلب إذا انفك الحجر .

قوله : (وضمان عبد بغير إذن سيده باطل في الأصح) لأنه إثبات مالٍ في الذمة بعقدٍ فأشبهه النكاح ، والثاني : يصح ويبيع بعد العتق ؛ لأنه لا ضرورة فيه على السيد ، ولا فرق بين أن يكون غير مأذونٍ أو مأذوناً في التجارة ، ولكن لم يؤذن له في الضمان .

قوله : (ويصح بإذنه) لأن المنع إنما كان لحقه ، وهذا الإذن تمكين لا أمر ، ولو أمره بالضمان . . لم يجب عليه الامتثال ، بخلاف البيع ونحوه يجب عليه امتثال أمر السيد فيها .

نعم ؛ إن أكرهه على الضمان . . لم يصح .

ولو ضمن ديناً لسيده . . لم يصح ؛ لأن كسبه الذي يؤدي منه لسيده ، بخلاف ما لو ضمن ما عليه بإذنه . . فإنه يصح ، ثم إن أدى قبل عتقه . . فلا

(١) من التصرفات ، وليس برشيد . النجم الوهاج (٣٨٢ / ٤) .

فَإِنْ عَيْنَ لِلْأَدَاءِ كَسْبُهُ أَوْ غَيْرُهُ . . قُضِيَ مِنْهُ ، وَإِلَّا . . . فَلْأَصَحُّ : أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي التَّجَارَةِ . . تَعَلَّقَ بِمَا فِي يَدِهِ وَمَا يَكْسِبُهُ بَعْدَ الْإِذْنِ ،

رجوع ، وبعده . . يبنى على ما لو أجره ثم أعتقه هل يرجع بأجرة ما بقي ؟
قوله : (فَإِنْ عَيْنَ لِلْأَدَاءِ كَسْبُهُ أَوْ غَيْرُهُ . . قُضِيَ مِنْهُ) أي : يقول : أضمن على أن تؤدي من كذا .

وقوله : (غيره) يشمل مال التجارة الذي في يد المأذون ، وغيره من أموال السيد .

وإنما يصح تعيين السيد لذلك على الإطلاق ؛ إذا لم يتعلق به حق .
فلو كان على المأذون ديون وعَيْنَ ما في يده . . فَلْأَصَحُّ : أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِمَا فَضَّلَ عَنْ حَقِّهِمْ .

وقال الماوردي : إذا عين له مال التجارة فلم يف بالدين . . كان الباقي في المستقبل من كسبه^(١) .

والمفهوم من إطلاقهم : أَنَّهُ يُتَّبَعُ بِالْبَاقِي إِذَا عَتَقَ ؛ لِأَنَّ التَّعْيِينَ يَقْصُرُ الطَّمَعُ عَلَى مَا عَيْنَ .

قوله : (وَإِلَّا) أي : وإن اقتصر على الإذن في الضمان ولم يعين للأداء طريقاً (. . .) فَلْأَصَحُّ : أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي التَّجَارَةِ . . تَعَلَّقَ بِمَا فِي يَدِهِ وَمَا يَكْسِبُهُ بَعْدَ الْإِذْنِ (لِأَنَّ الْإِذْنَ فِي الْإِلْتِزَامِ إِذْنٌ فِي الْأَدَاءِ ، وَالثَّانِي : يَتَعَلَّقُ بِكَسْبِهِ وَالرِّبْحِ الْحَاصِلِ فِي يَدِهِ ، وَالثَّالِثُ : لَا يَتَعَلَّقُ إِلَّا بِالذِّمَّةِ .

وقوله : (بما في يده) دخل فيه رأس المال والربح وما كسبه قبل الإذن .

(١) الحاوي الكبير (١٠٤ / ٨) .

وَالْأَصَحُّ . . فِيمَا يَكْسِبُهُ .

وَالْأَصَحُّ : اشْتِرَاطُ مَعْرِفَةِ الْمَضْمُونِ لَهُ ، وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ وَرِضَاهُ .

وعبارة « المحرر » لا تُعْطَى الثالث^(١) ، وصرح في « المطلب » : بأنه لا تتعلق به . وقوله : (وبما يكسبه) يدخل فيه الربح وكسب البدن .

قوله : (وإلا . . فيما يكسبه) أي : وإن كان غير مأذون . . تعلق بما يكسبه بعد الإذن في الضمان ، والثاني : يتعلق بالذمة ، وقيل : يتعلق برقبته .

فرع : المدبر وأم الولد كالقن ، وكذا المبعوض إن لم يكن مهياة ، أو كانت ضمن في نوبة السيد ، فإن ضمن في نوبته . . صح قطعاً .

آخر : إذا أدى العبد في الرق . . فالرجوع لسيده ، وإن أدى بعد عتقه . . فالرجوع للعبد في الأصح .

قوله : (والأصح : اشتراط معرفة المضمون له) أي : معرفة الضامن المضمون له بالعين ، لا بالنسب ؛ لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء^(٢) ، والأغراض مختلفة بذلك .

والثاني : لا يشترط ؛ لأنه لم ينقل في الحديث العلم بغريم الميت .

ومعرفة وكيل المضمون له قائمة مقام معرفة نفس المضمون له .

قوله : (وأنه لا يشترط قبوله ورضاه) لعدم التعرض له في الحديث^(٣) .

والثاني : يشترط القبول ؛ لأنه عقد وثيقة فافتقر إلى القبول ؛ كالرهن .

(١) أي : لا يفهم من عبارة « المحرر » الثالث ، وهو : ما كسبه قبل الإذن . راجع « المحرر » (٦٣٥ / ٢) .

(٢) والاستيفاء تشديداً وتسهيلاً . الشرح الكبير (١٤٥ / ٥) .

(٣) سبق تخريجه أول الباب .

وَلَا يُشْتَرَطُ رِضَا الْمَضْمُونِ عَنْهُ قَطْعاً ، وَلَا مَعْرِفَتُهُ فِي الْأَصَحِّ .
وَيُشْتَرَطُ فِي الْمَضْمُونِ : كَوْنُهُ ثَابِتاً ،

والثالث : لا يشترط القبول ، بل الرضا ؛ لأن الضمان يجدد له سلطته ، وتمليك الشخص شيئاً بغير رضاه بعيد .

وعبارة « المحرر » : (ولا رضاه)^(١) بزيادة (لا) ولا بد منها ، فإن المقصود نفي كل منهما .

قوله : (ولا يشترط رضا المضمون عنه قطعاً) لضمان أبي قتادة الميت^(٢) ، ولأنه يجوز أدائه دين الغير بغير إذنه ، فالتزامه أولى .

قال السبكي : والقطع بذلك هو المعروف ، وللجوري كلام يقتضي خلافه ، إلا أنه منكر .

قوله : (ولا معرفته في الأصح) قياساً على رضاه ، والثاني : يشترط ؛ ليعرف هل هو موسر ، أو ممن يبادر إلى وفاء دينه .

قوله : (ويشترط في المضمون : كونه ثابتاً) يعني : أنه يشترط في المضمون ثلاث صفات ؛ الأولى : كونه حقاً ثابتاً وقت ضمانه عيناً كان أو ديناً ، فلا يصح ضمان ما لم يجب ، وسيجب بعد بيع ، أو قرض ، أو غيرهما ؛ لأن الضمان توثقة بالحق ، فلا يسبق وجوب الحق ؛ كالشهادة .

والمراد : الثبوت باعتراف الضامن ، وإن لم يثبت على المضمون عنه . .
ففي « الرافعي » في أواخر (الإقرار) : لو قال شخص : لزيد على عمرو ألف وأنا ضامنه ، فأنكر عمرو . . فلزيد مطالبة الضامن في الأصح^(٣) .

(١) المحرر (٦٣٦/٢) .

(٢) سبق تخريجه أول الباب .

(٣) الشرح الكبير (٣٦٣/٥) .

وَصَحَّحَ الْقَدِيمُ ضَمَانَ مَا سَيَجِبُ .

وَالْمَذْهَبُ : صِحَّةُ ضَمَانِ الدَّرَكِ

والمراد بضمان الأعيان : ضمان ردها ، أما ضمان قيمتها لو تلفت .. .
فالأصح : منعه .

قوله : (وصحح القديم ضمان ما سيجب) لأنه يحتاج إليه ، وفي قول :
إن جرى سبب وجوبه .. صح ، وإلا .. فلا ، وعلى القديم في اشتراط معرفة
المضمون عنه .. وجهان .

ولضمان نفقة المستقبل شرطان : أن يقدر مدة ، فإن أطلق .. لم يصح فيما
بعد الغد ، وفيه وجهان .

قال في « المهمات » : إنما يستقيم إذا عبر بالأيام فقال : ضمنت نفقة
زوجتك كل يوم مستقبل ، فإن قال : كل شهر ، أو : كل سنة .. فالوجهان في
الشهر الأول ، والسنة الأولى^(١) .

وأن يضمن نفقة المعسر وإن كان عن موسر ؛ لأنه ربما أعسر .

قوله : (والمذهب : صحة ضمان الدرك) لأن الحاجة تدعو إلى معاملة
من لا يعرف ، ويخاف أن يخرج ما يبيعه مستحقاً ولا يظفر به ، فاحتيج إلى
التوثق .

قال الزركشي : الخلاف طريقان ؛ أحدهما : قولان ، أظهرهما : هذا ،
والثاني خرجه ابن سريج : لا يصح ؛ لأنه ضمان ما لم يجب .

والثاني : القطع بالصحة .

و(الدرك) : بفتح الراء وإسكانها هو : التبعة ؛ أي : المطالبة

(١) المهمات (٤٩٢/٥) .

بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ ، وَهُوَ : أَنْ يَضْمَنَ لِلْمُشْتَرِي الثَّمَنَ إِنْ خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا
أَوْ مَعِيبًا أَوْ نَاقِصًا لِنَقْصِ الصَّنَجَةِ .

والمؤاخذه ، سمي به ؛ لالتزام الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله ،
ويسمى : ضمان العهدة ؛ لالتزامه ما في عهدة البائع رده .

قوله : (بعد قبض الثمن) لأن الضامن إنما يلتزم ما يلزم البائع رده ، وهو
الثمن ، وقبل قبضه لم يتحقق ذلك ، وقيل : يصح قبل قبض الثمن ؛ لأن
المشتري لا يثق بتسليم الثمن إلا بعد التوثق ، وعلى الوجهين : لا بد من العلم
بقدر الثمن .

قوله : (وهو : أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً) أي :
فيقول : ضمنت لك عهديته ، أو : دركه ، أو : خلاصك منه ، ولو قال :
ضمنت لك خلاص المبيع . . لم يصح ؛ لأنه لا يستقل بخلاصه بعد ظهور
الاستحقاق ، وإذا ظهر الاستحقاق . . طالب المشتري من شاء من البائع
والضامن .

قوله : (أو معيباً) أي : يضمن رد الثمن إن خرج المبيع معيباً ورده ؛
للحاجة إليه ، وقيل : لا يصح ؛ لأن وجوب الرد بسبب حادث ، وهو الفسخ
فهو ضمان ما لم يجب ، وقال في « التتمة » : إنه المذهب ، ولو ضمن عهدة
الثمن لو بان فساد البيع بسبب غير الاستحقاق . . فعلى الوجهين .

قوله : (أو ناقصاً لنقص الصنعة) وصورته : أن يبيع شيئاً بشرط أن وزنه
كذا ، فإذا خرج دونه . . بطل البيع على قول ، وثبت الخيار للمشتري على
قول ، فإذا ضمنه ضامن . . رجع بالثمن عليه .

وسكت المصنف عن ضمان العهدة للبائع ، وهو إما في السلعة ؛ بأن
يخرج الثمن المعين مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً ، وإما في الثمن ؛ كضمان

وَكُونُهُ لَا زِمًا لَا كُنْجُومِ الْكِتَابَةِ ،

نقصان الصنجة ورداءة النوع .

وإذا عين الضامن في ضمانه جهة ؛ كخروجه مستحقاً . . لم يطالب بجهة أخرى ؛ كالرد بالعيب .

وإن أطلق ضمان الدرك . . طوّل عند خروجه مغصوباً أو مستحقاً بشفعة ، فلو بان الفساد بشرط أو غيره ، أو خرج المبيع معيباً ، فرده . . فالأصح من « زوائده » : عدم المطالبة^(١) .

وفي أكثر النسخ : (لنقص) باللام ؛ كالمحرر^(٢) ، وفي بعضها بالكاف ، قال السبكي : وهي حسنة ، وعليها يحمل قوله : (أو ناقصاً) على نقصان المبيع عما شرطه من الصنجة والصفة ؛ كما إذا باعه بشرط كونه من نوع كذا ، ويبقى قوله (كنقص الصنجة) مشبهاً به محمولاً على الإطلاق في جانب البائع والمشتري ، فيكون أعم .

والصنجة : بفتح الصاد .

فرع : في ضمان العهدة للمستأجر وجهان ، ذكرهما الرافعي في (الإجارة)^(٣) .

قوله : (وكونه لازماً ، لا كنجوم الكتابة) الصفة الثانية للمضمون اللزوم ، فيصح ضمان ما هو لازم في حال الضمان سواء كان مستقراً أو لم يكن ؛ كالثمن قبل قبض المبيع ، وما ليس بلازم ولا يصير إلى اللزوم بحال ؛ كمال الكتابة . . لا يصح ضمانه على الصحيح ؛ لأن المكاتب

(١) روضة الطالبين (٤٨١ / ٣) .

(٢) المحرر (٦٣٧ / ٢) ، وفي المطبوع : (في ضمان نقصان الصنجة) .

(٣) الشرح الكبير (١٩٠ / ٦) .

وَيَصِحُّ ضَمَانُ الثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ فِي الْأَصَحِّ ، وَضَمَانُ الْجُعْلِ كَالرَّهْنِ بِهِ .
وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا فِي الْجَدِيدِ

قادر على إسقاطها بالفسخ .

قوله : (ويصح ضمان الثمن في مدة الخيار في الأصح) لأن وضعه على اللزوم ، وينتهي إليه عن قريب بنفسه فيحتاج إلى التوثق ، والثاني : لا ؛ لأنه ليس بلازم .

قوله : (وضمان الجعل) في الجديد (كالرهن به) أي : فلا يصح ضمانه قبل الشروع في العمل قطعاً على الجديد ، ويصح بعد فراغه قطعاً ، ولا يصح بعد الشروع في العمل قبل الفراغ منه على الأصح ، قاله الزركشي .

وإنما قال : (في الجديد)^(١) لأن في القديم يصح ضمان ما لم يجب ، فهذا أولى .

قوله : (وكونه معلوماً في الجديد) لأن الضمان إثبات مال في الذمة بعقد فلم يجز مع الجهالة ؛ كالثمن في المبيع ، والقديم : أنه لا يشترط ؛ لأن معرفته متيسرة .

ويؤخذ من تعليله : أنه في المجهول الذي تمكن الإحاطة به ؛ كما إذا قال : ضمنت ثمن ما بعت من فلان ، وهو جاهل به ، أما إذا قال : شيئاً منه ، أو : شيئاً مما لك عليه . . فهو باطل لا محالة ، صرح به الرافعي^(٢) .

(١) وفي « النجم الوهاج » (٤٩٢/٤) : (وعبر به « الجديد » . . .) وعليه لعل (في الجديد) من المتن في بعض النسخ ، وليس في « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة إلا في « النجم الوهاج » .

(٢) الشرح الكبير (١٥٦/٥) .

وَالْإِبْرَاءُ مِنَ الْمَجْهُولِ بَاطِلٌ فِي الْجَدِيدِ

ويؤخذ من تعليل الأول : أنه يشترط العلم بالجنس والقدر والصفة ؛ ولهذا قال أبو خلف الطبري : ومن شرائطه : أن يعلم أنه حال ، أو مؤجل ، وإلى متى هو .

ولو قال : عامِلٌ وكيلٌ وما حصل لك عليه فعليّ ضمانه . . كان ضامناً لما يحصل له عليه ؛ لأجل الوكالة ، لا للضمان .

قوله : (والإبراء من المجهول باطل في الجديد) مأخذ الخلاف أن الإبراء محض إسقاط ، أو هو تمليك للمديون ما في ذمته ، ثم إذا ملكه . . سقط ؛ إن قلنا بالأول . . صح الإبراء عن المجهول ، وإن قلنا بالثاني . . لم يصح ، وهو ظاهر المذهب ، قاله الرافعي^(١) .

قال السبكي : وهو محمول على أن ظاهر المذهب : عدم صحة الإبراء من المجهول ، وليس يعود إلى أن الإبراء تمليك ؛ لأن المشهور خلافه ، ومستند القول بالبطلان مع أنه إسقاط : أنه يحتاج إلى العلم بما يسقطه .

ولو كان الدين معلوماً لصاحبه مجهولاً عند المديون . . قال الرافعي في (باب الوكالة) : إن قلنا الإبراء إسقاط . . صح إبراؤه عنه ، وإن قلنا : تمليك . . فلا بد من علمه ؛ كالموهوب له^(٢) ، ولم يصرح بتصحيح ، ولكن الصحيح : الصحة .

وقال الرافعي : إن جعلنا الإبراء إسقاطاً . . لم يحتج إلى قبول ، وإلا . . فظاهر المذهب : أنه لا حاجة إليه ؛ لأنه وإن كان تمليكاً فالمقصود منه

(١) الشرح الكبير (١٥٧/٥) .

(٢) الشرح الكبير (٢١٤/٥) .

إِلَّا مِنْ إِبْلِ الدِّيَةِ ، وَيَصِحُّ ضَمَانُهَا فِي الْأَصَحِّ .

وَلَوْ قَالَ : ضَمِنْتُ مِمَّا لَكَ عَلَى زَيْدٍ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشْرَةٍ . . فَلَا أَصَحُّ :
صِحَّتُهُ ، وَأَنَّهُ يَكُونُ ضَامِنًا لِعَشْرَةٍ .

قُلْتُ : الْأَصَحُّ : لِتِسْعَةٍ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

الإسقاط ، فإن اعتبرنا القبول . . ارتد بالرد ، وإلا . . فوجهان^(١) .

قوله : (إلا من إبل الدية) أي : فيصح الإبراء منها على القولين وإن كانت مجهولة الصفات ؛ لأننا أثبتناها في ذمة الجاني مع اغتفار هذه الجهالة فاغترفناها أيضاً في الإبراء .

قوله : (ويصح ضمانها في الأصح) أي : على الجديد ؛ لأن الضمان تِلْوُ الإبراء ، ويرجع إلى غالب إبل الدية ، والثاني : لا ؛ لأن الإبراء مطلوب مأمور به فوسّعنا فيه ، بخلاف الضمان .

قوله : (ولو قال : ضمنت مما لك على زيد من درهم إلى عشرة) أي : وهو لا يعرف قدر ما له على زيد (. . فلاأصح : صحته) لأنه وطن نفسه على الغاية ، فلا غرر ، والثاني : لا ؛ لما فيه من الجهالة .

قوله : (وأنه يكون ضامناً لعشرة) أي : إن كانت عليه ، أو كان عليه أكثر منها ؛ إدخالاً لطرفي الغاية ، وصححه في « التهذيب » هنا وفي (الإقرار)^(٢) ، قال السبكي : وأنا أوافقه فيهما .

(قلت : الأصح : لتسعة ، والله أعلم) إدخالاً للطرف الأول ؛ لأنه مبتدأ الالتزام والتحديد في قوله : (إلى عشرة) فلا يدخل فيه الدرهم ، وهذا

(١) الشرح الكبير (١٥٧/٥) .

(٢) التهذيب (١٧٩/٤) ، (٢٣٩/٤) .

فصل

الْمَذْهَبُ : صِحَّةُ كَفَالَةِ الْبَدَنِ ، فَإِنْ كَفَلَ بَدَنَ مَنْ عَلَيْهِ مَالٌ . . لَمْ يُشْتَرَطِ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِ ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مِمَّا يَصِحُّ ضَمَانُهُ .

صححه العراقيون والغزالي والمصنف في نظيره من الإقرار^(١) .

وقيل : إنه لا يكون ضامناً ، ولا مقرأً إلا بثمانية إخراجاً للطرفين ؛ لأنه اليقين .

(فصل)

[في كفالة البدن]

(المذهب : صحة كفالة البدن) أي : بدن كل من وجب عليه حضور مجلس الحكم عند الطلب لحق الآدمي ؛ للحاجة إليها ، ويسمى أيضاً : كفالة الوجه ، وعليها عمل الصحابة فمن بعدهم^(٢) ، وفي قول : لا ؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد ولا يقدر على تسليمه ، وقيل : لا يصح قطعاً ، وطريقة القولين أشهر ؛ كما قاله الرافعي^(٣) .

قوله : (فإن كفَلَ بدن من عليه مال . . لم يشترط العلم بقدره) لأنه إنما تكفل بالبدن ، وقيل : يشترط بناء على أنه لو مات . . يغرم الكفيل ما عليه .

قوله : (ويشترط كونه) أي : كون ذلك المال (مما يصح ضمانه) فلا تصح الكفالة ببدن المكاتب للنجوم التي عليه ؛ لأنه لو ضمن النجوم . . لم يصح .

(١) منهاج الطالبين (ص : ٢٩٢) .

(٢) منه ما أخرجه البيهقي في « الكبير » (١١٥٢٥) ، والبخاري معلقاً في (باب الكفالة) قبل رقم (٢٢٩١) .

(٣) الشرح الكبير (١٥٩/٥) .

وَالْمَذْهَبُ : صِحَّتْهَا بِيَدِنِ مَنْ عَلَيْهِ عُقُوبَةُ لَادِمِيٍّ ؛ كَقَصَاصٍ وَحَدٍّ
قَذْفٍ ، وَمَنْعُهَا فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى .

وَتَصِحُّ بِبَدَنِ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ وَمَحْبُوسٍ وَغَائِبٍ

وفي « التتمة » : يجب أن يكون المال معلوماً للكفيل حتى لو كان
مجهولاً . . لم تصح الكفالة في إلزامه الغرامة ، وهل يصح بالبدن حتى يطالب
بإحضاره ؟ فيه قولان تفريق الصفقة ، حكاها الزركشي .

قوله : (والمذهب : صحتها بيدن من عليه عقوبة لآدمي ؛ كقصاصٍ وحد
قذفٍ) لأنه حق لازم فأشبهه المال .

وعبر بـ (المذهب) لأن فيها ثلاث طرقٍ ؛ أصحها : قولان ، أظهرهما :
الصحة ، والثانية : القطع بالصحة ، والثالثة : القطع بالمنع ؛ لأن العقوبات
كلها مبنية على الدرء .

قوله : (ومنعها في حدود الله تعالى) فيه طريقان ، أشهرهما : القطع
بالمنع ؛ لأننا مأمورون بسترها والسعي في إسقاطها ما أمكن ، وقيل : قولان ،
وجه الصحة : القياس على حدود الآدميين .

قوله : (وتصح بيدن صبي ومجنونٍ) لأنه قد يستحق إحضارهما ؛ لإقامة
الشهادة على صورتها في الإلتاف وغيره ، ويطالب الولي بالإحضار عند
الحاجة إن كفل بإذنه ، وإلا . . فكفالة بدن البالغ العاقل بغير إذنه .

قوله : (ومحبوس وغائب) أي : وإن تعذر تحصيل الغرض في الحال ؛
لأنه متوقع فجاز ؛ كضمان المعسر للمال .

قال الإسنوي : ولا فرق في الغائب بين أن يكون في موضع يلزمه الحضور
منه إلى مجلس الحكم أم لا حتى لو أذن ثم انتقل إلى بلد بها حاكم ، أو إلى

وَمَيِّتٍ لِّيُخْضِرَهُ فَيُشْهَدَ عَلَى صُورَتِهِ .

ما فوق مسافة العدوى فوقعت الكفالة بعد ذلك . . صحت ووجب عليه الحضور معه ؛ لأجل إذنه له في ذلك ، قاله الرافعي .

وقال السبكي : الصحيح : أنه إنما يحضر من مسافة العدوى .

ويشترط : ألا يكون بها حاكم ، فعلى هذا إذا كان ببلده حاكم ، أو كان فوق مسافة العدوى . . لا ينبغي أن تصح الكفالة ببدنه ؛ لأنه لا يلزمه الحضور ، وهذا لا شك فيه إذا لم يأذن ، وبإذنه قد يقال : إنه التزم ، وقد يقال : إنه إلزام ما لا يلزم فلا يصح .

قال : ولو كان وقت الكفالة في محل يلزم إحضاره منه ، ثم غاب إلى محل لا يلزمه الحضور منه . . فالذي يتجه : ألا يلزم الكفيل إحضاره .

نعم ؛ ينبغي أن يقال : يجب إحضاره إلى المحل الذي هو فيه ، ويتوجه إليه المكفول له أو وكيله ، فيحاكمه هناك ، ويخصص قولهم : إن مكان التسليم ما يعينه أو مكان الكفالة . . بما إذا كان يجب على المكفول الحضور إليه ، فإن غاب عنه . . فيحضره إلى أقرب المواضع إليه مما يلزمه الحضور فيه .

ويحمل قولهم على الصحيح : إنه يلزمه إحضاره إذا غاب إلى مسافة القصر . . على الإحضار إلى مجلس الحكم هناك مما يلزم المكفول الحضور إليه .

قوله : (وميت ليحضره فيشهد على صورته) أي : من لم يعرف نسبه ، ومحل ذلك قبل الدفن ، فإن دفن . . لم تصح الكفالة وإن لم يتغير ؛ كما دل عليه كلامهم فيما إذا مات بعد الكفالة ، قاله الإسنوي .

وإذا شرط في كفالة الحي إذنه . . فيظهر هنا اشتراط إذن الوارث ، قاله في « المطلب » .

ثُمَّ إِنْ عَيْنَ مَكَانِ التَّسْلِيمِ . . تَعَيَّنَ ، وَإِلَّا . . فَمَكَانُهَا .
وَيَبْرَأُ الْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ التَّسْلِيمِ بِلَا حَائِلٍ كَمُتَغَلِّبٍ ، وَبِأَنْ يَحْضُرَ
الْمَكْفُولُ وَيَقُولَ : سَلَّمْتُ نَفْسِي عَنْ جِهَةِ الْكَفِيلِ ، وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ
حُضُورِهِ .

قوله : (ثم إن عين مكان التسليم . . تعين) اتباعاً لشرطه (وإلا . .
فمكانها) أي : مكان الكفالة ، وقيل : إذا أطلق جاء فيه خلاف السلم إذا
أطلقه .

قوله : (ويبرأ الكفيل بتسليمه في مكان التسليم بلا حائل ؛ كمتغلب)
أي : لقيامه بما وجب عليه ، فلو أتى به في غير ذلك المكان . . فللمكفول له
أن يمتنع إن كان فيه غرض ؛ بأن كان قد عين مجلس الحكم ، أو مكاناً يجد فيه
من يُعِينُهُ على خصمه ، وإن لم يكن له غرض . . قال الرافعي : فالظاهر : أنه
يلزمه قبوله ، فإن امتنع . . رفعه إلى الحاكم ليتسلمه عنه ، فإن لم يكن
حاكم . . أشهد شاهدين أنه سلمه إليه^(١) .

ولو أتى به في مكان التسليم وهناك متغلب يمنعه عنه . . لم يلزمه قبوله ؛
لعدم حصول المقصود .

قوله : (وبأن يحضر المكفول) أي : في مكان التسليم (ويقول : سلمت
نفسي عن جهة الكفيل) قياساً على براءة الضامن بأداء الأصيل للمال .

قوله : (ولا يكفي مجرد حضوره) أي : حتى يقول : سلمت نفسي عن
جهة الكفيل ، وكذا لو ظفر به المكفول له بمجلس الحكم فادعى عليه
بالحق . . لا يبرأ الكفيل ، ولو سلمه أجنبي عن جهة الكفيل ؛ فإن كان بإذن

(١) الشرح الكبير (١٦٣/٥) .

فَإِنْ غَابَ . . لَمْ يَلْزَمْ الْكَفِيلَ إِحْضَارُهُ إِنْ جَهِلَ مَكَانَهُ ، وَإِلَّا . . فَيَلْزَمُهُ ،
وَيُمْهَلُ مُدَّةَ ذَهَابٍ وَإِيَابٍ ، فَإِنْ مَضَتْ وَلَمْ يُحْضِرْهُ . . حُسِبَ ، وَقِيلَ : إِنْ
غَابَ إِلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ . . لَمْ يَلْزَمُهُ إِحْضَارُهُ .

الكفيل . . لزم القبول ، وإلا . . فلا .

قوله : (فَإِنْ غَابَ . . لَمْ يَلْزَمْ الْكَفِيلَ إِحْضَارُهُ إِنْ جَهِلَ مَكَانَهُ) لأنه لا يمكنه
ذلك ، فأشبهه المعسر بالدين ، وقال الجوري : يحبس ، وهو شاذ ، قاله
السبكي .

قوله : (وَإِلَّا . . فَيَلْزَمُهُ) أي : إذا كان الإحضار ممكناً ؛ بأن يكون الطريق
آمناً ولم يذهب إلى قوم يمنعونه ، ومؤنة إحضاره واجبة على الكفيل .

قوله : (ويمهل مدة ذهاب وإياب) وقال القاضي حسين : لا يمهل (فَإِنْ
مَضَتْ وَلَمْ يُحْضِرْهُ . . حُسِبَ) أي : إن لم يؤد الدين ؛ لتقصيره ، وإذا أدى ثم
حضر المكفول ببدنه . . فالمتجه : أن له استرداده ، قاله الإسنوي ، فَإِنْ
حُسِبَ . . أديم حبسه إلى أن يتعذر إحضاره بموت ، أو جهل بموضعه ، أو
إقامته عند من يمنعه ، قاله في « المطلب » .

قوله : (وَقِيلَ : إِنْ غَابَ إِلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ . . لَمْ يَلْزَمُهُ إِحْضَارُهُ) قياساً
على الولي وشاهد الأصل ، فَإِنْ غَيَّبْتَهُمَا إِلَى هَذِهِ الْمَسَافَةِ بِمَنْزِلَةِ الْغِيْبَةِ
الْمَنْقُطَةِ ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَطْرَأَ الْغِيْبَةُ أَوْ يَكُونَ غَائِباً وَقْتُ الْكِفَالَةِ ، قَالَه
الرافعي^(١) ، وتقدم بحث السبكي فيه^(٢) .

وفي « المهمات » : أن الرافعي نقل عن الإمام : لو تكفل رجل ببغداد

(١) الشرح الكبير (١٦٤/٥) .

(٢) أي : أوائل الفصل في شرح قول المتن : (ومحبوس وغائب) .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ إِذَا مَاتَ وَدُفِنَ . . لَا يُطَالَبُ الْكَفِيلُ بِالْمَالِ ،

برجل بالبصرة . . لم يصح ، وقال : إنه تفريع على أنه لا يلزم الإحضار من مسافة القصر^(١) .

قال ابن العماد : كلام الإمام فيمن استحق إحضاره للدعوى قبل ثبوت الحق ، فإن كان ببلده حاكم . . لم يكلف الحضور إلى بلد آخر ، ولا تصح الكفالة ببذنه إليه ، وأما إذا ثبت عليه الحق وتكفل شخص بإحضاره . . فيجوز ، ويلزمه إحضاره من فوق مسافة القصر ، وكلام الإمام ليس فيه .

قوله : (والأصح : أنه إذا مات ودفن . . لا يطالب الكفيل بالمال) لأنه لم يلتزمه ، وكما لو ضمن المسلم فيه فانقطع . . فإنه لا يطالب برأس المال .

والثاني : يطالب به ؛ لأنه المقصود من هذه التوثقة .

والوجهان جاريان في هربه وتواريه ، وأولى بعدم المطالبة ؛ لأنه لم يحصل اليأس عن إحضاره .

فإن أوجبنا . . فالمختار في « الروضة » : أنه يطالب بالدين^(٢) ، قال السبكي : وشرطه ثبوت الدين إما قبل الكفالة أو بعدها ، وإلا . . فلا .

والأصح : أن المطالبة بالإحضار لا تنقطع بالموت ، بل عليه إحضاره ما لم يدفن إذا أراد المكفول له إقامة الشهادة على عينه ، فلا فائدة بالتقييد بالدفن إلا في بطلان الكفالة .

وأما في المطالبة بالمال . . فلا فرق في جريان الخلاف بين الحالتين .

(١) المهمات (٤٩٨/٥) .

(٢) روضة الطالبين (٤٩١/٣) .

وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ فِي الْكَفَالَةِ أَنَّهُ يَغْرُمُ الْمَالَ إِنْ فَاتَ التَّسْلِيمُ . . بَطَلَتْ ، وَأَنَّهَا لَا تَصِحُّ بِغَيْرِ رِضَا الْمَكْفُولِ .

ولو كانت الكفالة ببدن من عليه عقوبة . . يطلب بالموت قطعاً .

قوله : (وأنه لو شرط في الكفالة أنه يغرم المال إن فات التسليم . . بطلت) بناء على أنه لا يغرم عند الإطلاق ؛ لأنه خلاف مقتضاها ، والثاني : يصح بناء على أنه يغرم عند الإطلاق ، ، فلو قال : كفلت بدنه فإن مات فعلي المال . . صحت الكفالة وبطل التزام المال ، قاله الماوردي^(١) ، قال السبكي : وهو محمول على أنه لم يقصد الشرط جمعاً بينه وبين الأول .

قوله : (وأنها لا تصح بغير رضا المكفول) بناء على أنه لا يغرم المال عند العجز ؛ لأنه لا يلزمه الحضور معه ، وإن قلنا بالغرم . . صح وغرم ؛ لأنه عاجز عن إحضاره .

والمراد بالرضا : الإذن ، فلو أنكره المكفول . . لم يجب عليه الحضور ، وقيل : يجب وينزل الكفيل منزلة الوكيل إذا كفل برضا المكفول .

فرع : لا يشترط رضا المكفول له على الصحيح ، فلو مات . . بقي الحق لوارثه في الأصح ، وقيل : إن كان دين أو وصي . . تعينت ، فعلى الأول إن كان له غرماء وورثة ووصي . . لم يبرأ الكفيل إلا بالتسليم إليهم ، فلو سلم إلى الورثة والغرماء والموصى لهم دون الوصي . . ففي برائته وجهان .

(١) الحاوي الكبير (١١٢ / ٨) .

فصل

يُشْتَرَطُ فِي الضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ لَفْظٌ يُشْعِرُ بِالِاتِّزَامِ ؛ كَضَمِنْتُ دَيْنَكَ عَلَيْهِ ، أَوْ : تَحَمَّلْتُهُ ، أَوْ : تَقَلَّدْتُهُ ، أَوْ : تَكَفَّلْتُ بِيَدَنِهِ ، أَوْ : أَنَا بِالْمَالِ ، أَوْ : بِإِحْضَارِ الشَّخْصِ ضَامِنٌ ، أَوْ كَفِيلٌ ، أَوْ زَعِيمٌ ، أَوْ حَمِيلٌ .

(فصل)

[في صيغتي الضمان والكفالة ومطالبة الضامن وأدائه ورجوعه]

(يشترط في الضمان والكفالة لفظ يشعر بالالتزام) لأن الرضا أمر باطن فاشترط ما يدل عليه .

وقوله : (لفظ) يخرج الخط ، وإشارة الأخرس مع أن الضمان ينعقد بهما على الصحيح .

وقوله : (يشعر) يدخل فيه الكناية ؛ لأنه يصح الضمان بها ؛ كالبيع .

قوله : (كضمنت دينك عليه ، أو تحملته ، أو تقلدته ، أو تكفلت بيده ، أو أنا بالمال ، أو بإحضار الشخص ضامن ، أو كفيل ، أو زعيم ، أو حميل) أي : وكذا (قبيل) بالقاف والباء الموحدة ، وقيل : إنه ليس بصريح ؛ لأن (الزعيم) وقع في القرآن^(١) و (الضمان) و (الحمالة) في السنة^(٢) ، والباقية في معناها مع اشتهاها بين الصحابة فمن بعدهم .

ومنها : التزمت ، وعليّ ما على فلان ، ونحوه .

(١) في قوله تعالى : ﴿ وَأَنَّى لَهُ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف : ٧٢] ، و ﴿ سَلَّمُوا أَنَّهُمْ بِذَلِكَ زَعِيمٌ ﴾ [القلم : ٤٠] .

(٢) الضمان : جاء في حديث أنس رضي الله عنه أخرجه البيهقي في « الكبير » (١١٥١٧) ،

(١١٥١٨) ، (١١٥١٩) ، والحمالة : جاء في حديث ابن عباس رضي الله عنهما أخرجه

البيهقي في « الكبير » (١١٥١٣) .

وَلَوْ قَالَ : أَوْدِي الْمَالَ ، أَوْ : أَحْضَرُ الشَّخْصَ . . . فَهُوَ وَعْدٌ .
وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُمَا بِشَرْطٍ ، وَلَا تَوْقِيتُ الْكَفَالَةِ ،

فرع : قال في « الروضة » : لو تكفل ببدن رجل أو نفسه أو جسده أو روحه . . صح ، وإن تكفل بعضو منه . . فأربعة أوجه بلا ترجيح ، وجزم في « التنبيه » بالصحة^(١) وأقره في « التصحيح » ، قاله الزركشي .
وأما الجزء الشائع ؛ كالنصف والثلث . . فكالعضو الذي لا يبقى البدن دونه ، وفيه وجهان .

ثم قال في « زيادته » : قطع صاحب « الحاوي » بصحة الكفالة فيما لو كفل برأسه ، أو وجهه ، أو عينه ، أو قلبه ، وفؤاده ، وغيرها مما لا يحيى دونه ، أو جزء شائع ، والله أعلم^(٢) .

قوله : (ولو قال : أودى المال ، أو : أحضر الشخص . . فهو وعد) أي : لأنه لا يشعر بالالتزام .

نعم ؛ إن احتفت به قرينة تصرفه إلى الإنشاء . . قال في « المطلب » : فينبغي أن يصح .

قوله : (والأصح : أنه لا يجوز تعليقهما بشرط) يعني : ضمان المال ، وكفالة البدن ؛ لأنهما عقدان فلا يقبلان التعليق ؛ كالبيع .

والثاني : يجوز ؛ لأن القبول لا يشترط فيهما ، فجاز تعليقهما ؛ كالطلاق والعتاق ، وقيل : يمتنع تعليق الضمان ، دون الكفالة .

قوله : (ولا توقيت الكفالة) أي : بأن يقول : أنا كفيل به إلى شهر وإذا

(١) روضة الطالبين (٣/ ٤٩٤-٤٩٥) ، التنبيه (ص : ٧٥) .

(٢) روضة الطالبين (١/ ٤٩٥) .

وَلَوْ نَجَّزَهَا وَشَرَطَ تَأْخِيرَ الْإِحْضَارِ شَهْرًا . . جَازَ ، وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِ مُؤَجَّلًا أَجَلًا مَعْلُومًا ، وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْمُؤَجَّلِ حَالًا ، وَأَنَّهُ لَا يُلْزَمُهُ التَّعْجِيلُ .

انقضى برئت ، فلا يصح قياساً على الضمان ، والثاني : يصح ؛ لأنها وسيلة ، ويغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد .

قوله : (ولو نجزها وشرط تأخير الإحضار شهراً . . جاز) أي : كقوله : ضمنت إحضاره بعد شهر ؛ لأنه التزام لعمل في الذمة ، فجاز مؤجلاً ؛ قياساً على العمل في الإجارة .

فإن أحضره قبل الأجل . . فكما لو أحضره في غير مكان التسليم ، فينظر هل له غرض في الامتناع ؛ كغيبة بينة ، وتأجيل دين ، أو لا ؟ ولو شرط لإحضاره أجلاً مجهولاً ؛ كالحصاد . . لم يصح في الأصح .

قوله : (وأنه يصح ضمان الحال مؤجلاً أجلاً معلوماً) أي : ويثبت الأجل في حق الضامن دون المضمون ؛ لأن الضمان رفق ومعروف فكان على حسب ما يدخل فيه ، والثاني : لا يصح ؛ لكون الملتزم مخالفاً على الأصل ، والثالث : يصح الضمان ويبطل التأجيل .

ويجري الخلاف في الزيادة في الأجل .

قوله : (وأنه يصح ضمان المؤجل حالاً) لأنه التزام تبرع بالتعجيل مضموم إلى تبرع بالضمان ، والثاني : لا يصح ؛ للمخالفة .

قوله : (وأنه لا يلزمه التعجيل) لأن الضمان فرع فكيف يكون الفرع معجلاً والأصل مؤجلاً ؟ ! والثاني : يلزم ؛ كأصل الضمان ، وعلى الأصح هل يثبت الأجل في حقه تبعاً أو مقصوداً ؟ وجهان ، فائدتهم : لو مات الأصل هل يحل على الضامن أم لا ؟

وَلِلْمُسْتَحِقِّ مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ وَالْأَصِيلِ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بِشَرَطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ .

قوله : (وللمستحق مطالبة الضامن والأصيل) أي : يتخير في مطالبتهما معاً ، أو مطالبة هذا بالبعض وهذا بالبعض ، قاله الزركشي .

أما الأصيل .. فلأنه لم يبرأ ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لأبي قتادة : « الْآنَ بَرَّدْتَ جِلْدَتَهُ »^(١) .

وأما الضامن .. فلقوله صلى الله عليه وسلم : « الزَّعِيمُ غَارِمٌ »^(٢) .

وفي قول مخرج : لا يطالب الضامن إلا بعد تعذر مطالبة الأصيل .

فرع : لو كان بالدين رهن وضامن .. فالصحيح : أن المستحق مخير له بيع الرهن ومطالبة الضامن ، وقيل : ليس له بيع الرهن إلا إذا تعذر الاستيفاء من الضامن ، وقيل : عكسه .

قوله : (والأصح : أنه لا يصح بشرط براءة الأصيل) لأنه شرط يخالف مقتضى الضمان ، والثاني : يصح ويصح الشرط ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لأبي قتادة : « قَدْ أَوْفَى اللَّهُ حَقَّ الْغَرِيمِ وَبَرَّى الْمَيْتُ ؟ » قال : نعم ، وصلى عليه . رواه الإمام أحمد^(٣) .

وجوابه : أنه محمول على البراءة من الرجوع .

(١) أخرجه الحاكم (٥٨/٢) ، والدارقطني (ص : ٦٦٢) ، والبيهقي في « الكبير » (١١٥١٢) ، وأحمد (١٤٧٦٠) عن جابر رضي الله عنه ، ولفظهم : « الْآنَ بَرَّدْتَ عَلَيْهِ جِلْدَهُ » .

(٢) أخرجه ابن حبان (٥٠٩٤) ، وأبو داود (٣٥٦٥) ، والترمذي (٢٢٥٣) عن أبي أمامة رضي الله عنه .

(٣) مسند أحمد (١٤٧٦٠) عن جابر رضي الله عنه ، ولفظه : « أَحَقُّ الْغَرِيمِ وَبَرَّى مِنْهُمَا الْمَيْتُ ؟ » ، وبلغت الشارح هو في « مجمع الزوائد » (٦٦٨٨) .

وَلَوْ أَتْرَأَ الْأَصِيلَ . . . بَرَى الضَّامِنُ ، وَلَا عَكْسَ .
 وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا . . . حَلَّ عَلَيْهِ دُونَ الْآخَرِ .
 وَإِذَا طَالَِبَ الْمُسْتَحِقُّ الضَّامِنَ . . . فَلَهُ مُطَالَبَةُ الْأَصِيلِ بِتَخْلِيصِهِ

والثالث : يصح ويبطل الشرط ، فإن صححناهما . . . برى الأصيل ورجع الضامن عليه في الحال إن ضمن بإذنه .

ولو تكفل ببدن شخص به كفيل بشرط أن يبرأ ذلك الكفيل . . . فالأكثر على أنه لا يصح ، وجزم القاضي حسين بالصحة ، وطرده في ضامن المال إذا قال : ضمننت بشرط أن يبرأ الضامن الأول ورضي المضمون له . . . برى الضامن الأول ، حكاه الرافعي .

قوله : (ولو أبرأ الأصيل . . . برى الضامن) لسقوط الحق ؛ كما لو أدى الأصيل أو أحال أو أحيل عليه ، وكذا يبرأ ببراءته ضامن الضامن .

قوله : (ولا عكس) أي : إذا أبرأ الضامن . . . لا يبرأ الأصيل ؛ لأن إبراء إسقاط للوثيقة فلم يسقط به الحق ؛ كفك الرهن ، وكذا ضامن الضامن بإبراء الضامن من غير عكس .

قوله : (ولو مات أحدهما . . . حل عليه دون الآخر) أي : على الصحيح ؛ لأن الحي يرتفق بالأجل ، وقيل : لا يحل على الضامن بموت نفسه ، وقيل : يحل عليه بموت الأصيل .

وعلى الصحيح إذا مات الأصيل ، وآخر المستحق المطالبة . . . فللضامن أن يطالبه بأخذ حقه من التركة ، أو يبرئه من الضمان ، وقيل : ليس له ذلك ، وإذا مات الضامن ، وأخذ المستحق المال من تركته . . . لم يثبت لورثته الرجوع على المضمون عنه قبل الحلول .

قوله : (وإذا طالب المستحق الضامن . . . فله مطالبة الأصيل بتخليصه

بِالْأَدَاءِ إِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ قَبْلَ أَنْ يُطَالَِبَ .
وَلِلضَّامِنِ الرَّجُوعُ عَلَى الْأَصِيلِ إِنْ وُجِدَ إِذْنُهُ فِي الضَّمَانِ وَالْأَدَاءِ ، وَإِنْ
انْتَفَى فِيهِمَا . . . فَلَا ، وَإِنْ أُذِنَ فِي الضَّمَانِ فَقَطَّ . . . رَجَعَ فِي الْأَصَحِّ ،

بالأداء إن ضمن بإذنه (أي : يطالبه أن يؤدي دين المضمون له ليبراً ؛ قياساً
على تغريمه إذا غرم ، وقيل : ليست له هذه المطالبة .
واحترز بقوله : (بإذنه) : عما إذا ضمن بغير إذنه . . فلا يطالب ؛ لأنه
متطوع ، قاله الزركشي .

قوله : (والأصح : أنه لا يطالبه قبل أن يطالب) لأنه لم يغرم ولا طولب
بشيء ، والثاني : له المطالبة ؛ كما لو استعار شيئاً ورهنه . . كان للمالك
مطالبته بفكه .

والفرق على الصحيح : أن الرهن محبوس بالدين وفيه ضرر .

قوله : (وللضامن الرجوع على الأصيل إن وجد إذنه في الضمان والأداء)
هذا هو المذهب ؛ لأنه صرف ماله إلى منفعة الغير بإذنه ، أما إذا شرط
الرجوع . . فلا خلاف فيه .

وعبارة « المحرر » : (إذا ضمن وأدى بإذنه)^(١) وهي أصوب ؛ لأنه
لا يلزم من الإذن في الأداء حصول الأداء ، والرجوع متوقف على نفس الأداء .

قوله : (وإن انتفى فيهما . . فلا) أي : إذا لم يؤذن له في الضمان
والأداء . . لا يرجع ؛ لأنه متبرع (وإن أذن في الضمان فقط . . رجع في
الأصح) أي : المنصوص ؛ لأن الضمان يوجب الأداء فكان الإذن فيه إذناً لما
يترتب عليه ، والثاني : لا يرجع ، والثالث : إن أمكنه أن يستأذنه فأدى ولم

(١) المحرر (٢/٦٤٣) .

يفعل . . لم يرجع ، وإلا . . رجع .

وقوله : (فقط) يحتمل أن يسكت عن الأداء وهو واضح وإن نهاه عنه ، قال الإسني : ولم أر تصريحاً به ، ويتجه أن يقال : أن النهي بعد الضمان لا أثر له ، وقبله إن انفصل عن الإذن . . كان رجوعاً ، وإن اتصل به . . أفسده .

قوله : (ولا عكس في الأصح) أي : إذا ضمن بغير الإذن وأدى بالإذن . . لا يرجع على الأصح ؛ لأن الأصل هو الالتزام ، والثاني : يرجع ؛ لأنه أسقط الدين عنه بإذنه ، ولو كان الإذن بشرط الرجوع . . صحح المصنف الرجوع^(١) .

فرع : قال الرافعي : حوالة الضامن المضمون له على غيره ، وقبوله حوالة المضمون له ، ومصالحتهما من الدين على عوض ، وصيرورة الدين ميراثاً للضامن . . كالأداء في ثبوت الرجوع وعدمه^(٢) .

اعترض في « المهمات » على قوله : (وصيرورة الدين ميراثاً للضامن)^(٣) .

قال ابن العماد : اعتراضه لعدم العلم بصورة المسألة ، وصورتها ما إذا أعطى الضامن الدين للمضمون له ثم مات ، فورثه الضامن قبل الرجوع . . فإنه لا يمتنع عليه الرجوع بسبب عوده إليه بالإرث ، وتعبير الرافعي بـ (الصيرورة) دال على الانتقال والعود ، ولا يصح حمله على الضامن والأصيل ؛ لأن

(١) روضة الطالبين (٤٩٩/٣) .

(٢) الشرح الكبير (١٧٦/٥) .

(٣) المهمات (٥٠٣/٥) .

وَلَوْ أَدَّى مُكَسَّرًا عَنْ صَحَاحٍ أَوْ صَالِحٍ عَنْ مِثَّةٍ بِثَوْبٍ قِيَمَتُهُ خَمْسُونَ . .
فَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَرْجَعُ إِلَّا بِمَا غَرِمَ .

وَمَنْ أَدَّى دَيْنَ غَيْرِهِ بِلَا ضَمَانٍ وَلَا إِذْنٍ . . فَلَا رُجُوعَ ،

الضامن إذا ورث . . ثبت له الرجوع على المديون المضمون عليه بجهة الإرث ، سواء شرط الرجوع حال الضمان أم لا ، سواء ضمن بالإذن أم لا .

ويجوز حمله على ضامن الضامن إذا ورث دين المضمون له . . فإنه ينتقل إليه ما على المضمون عنه بجهة الإرث ، ويبرأ هو من الضمان ؛ لبراءته بانتقال الحق إليه ، وبراءته بالإرث بمنزلة براءته بالأداء فيرجع على الضامن إن ضمن به ؛ لأن الدين انتقل إليه مضموناً ، وإلا . . فلا ، وهو معنى قول الرافعي : (في ثبوت الرجوع وعدمه) .

قوله : (ولو أدى مكسراً عن صحاح ، أو صالح عن مئة بثوب قيمته خمسون . . فالأصح : أنه لا يرجع إلا بما غرم) لأنه الذي بذله ؛ ولهذا لو أبرأه الدائن عن الجميع . . لم يرجع بشيء ، والثاني : يرجع بما حصلت البراءة عنه ، وهو : الصحاح والمئة ؛ لأن المسامحة حصلت معه ، وقيل : يرجع في الثانية بالمئة ، ولا يرجع في الأولى إلا بما أدى .

ولو باعه الثوب بمئة ، وتقاصاً . . رجع بالمئة بلا خلاف ، ولو قال : بعثك الثوب بما ضمنته لك عن فلان . . ففي صحة البيع وجهان ، اختار المصنف صحة البيع ، وأنه يرجع بما ضمنه^(١) .

قوله : (ومن أدى دين غيره بلا ضمان ولا إذن . . فلا رجوع) أي : ويسقط عنه بلا خلاف ؛ لأنه متبرع ؛ كمن أنفق على رقيق غيره بغير إذنه .

(١) روضة الطالبين (٥٠٠ / ٣) .

وَإِنْ أُذِنَ بِشَرْطِ الرَّجُوعِ . . رَجَعَ ، وَكَذَا إِنْ أُذِنَ مُطْلَقاً فِي الْأَصَحِّ .
 وَالْأَصَحُّ : أَنَّ مُصَالَحَتَهُ عَلَى غَيْرِ جِنْسِ الدِّينِ لَا تَمْنَعُ الرَّجُوعَ .
 ثُمَّ إِنَّمَا يَرْجِعُ الضَّامِنُ وَالْمُؤَدِّي إِذَا أَشْهَدَا بِالْأَدَاءِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلًا
 وَامْرَأَتَيْنِ ،

قوله : (وإن أذن بشرط الرجوع . . رجع) لقوله صلى الله عليه وسلم :
 « الْمُؤْمِنُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »^(١) . ويقدر دخول ما يؤديه في ملك الأمر فرضاً ،
 وانتقاله إلى ملك صاحب الدين .

قوله : (وكذا إن أذن مطلقاً في الأصح) لاقتضاء العرف الرجوع ،
 والثاني : لا ؛ لأنه ليس من ضرورة الأداء الرجوع ، ولو قال : أدّ دين فلان . .
 لم يرجع قطعاً ، قال الزركشي : في « البحر » : فيه وجه^(٢) .

قوله : (والأصح : أن مصالحته على غير جنس الدين لا تمنع الرجوع)
 لأن الإذن إنما يقصد للبراءة وقد حصلت ، ويرجع بالأقل من الدين المضمون
 به ، أو المؤدى بالإذن ، وقيمة المؤدى ، قاله الزركشي .

والثاني : يمنع . . لأنه إنما أذن في الأداء دون المصالحة .

والثالث : إن قال : أدّ ما علي من الدراهم مثلاً . . لا يرجع ، وإن قال :
 أدّ ديني أو ما علي . . رجع .

قوله : (ثم إنما يرجع الضامن والمؤدي إذا أشهدا بالأداء رجلين أو رجلاً
 وامرأتين) لأنهما أديا أداءً نافعاً حيث احتاطا في تمهيد طريق الإثبات بتقدير أن

(١) أخرجه الحاكم (٤٩/٢) ، وأبو داود (٣٥٩٤) ، والدارقطني (ص : ٩٦) ، والبيهقي
 في « الكبير » (١١٥٣٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه ، قال في « التلخيص الحبير »
 (٦٤/٣) : (تنبيه : الذي وقع في جميع الروايات « المسلمون » بدل « المؤمنون ») .

(٢) بحر المذهب (٤٧٠/٥) .

وَكَذَا رَجُلٌ لِيَحْلِفَ مَعَهُ فِي الْأَصْحَحِّ ، فَإِنْ لَمْ يُشْهَدْ . . . فَلَا رُجُوعَ إِنْ أَدَّى فِي غَيْبَةِ الْأَصِيلِ وَكَذَّبَهُ ، وَكَذَا إِنْ صَدَّقَهُ فِي الْأَصْحَحِّ ،

يجحد رب الدين ، ولو أشهدا مستورين فبانا فاسقين . . . جاز في أولى الوجهين .

واشترط السبكي في المستورين : أن يكونا معدّلين ، أو يكونا ممن يزكي عند الحاجة ، ثم قال : وكلامهم يقتضي : أنهما إذا استمرا على الستر . . . يكفي جزماً ، وفيه ما نبّهت عليه ؛ لأنه لا يحصل المقصود إذا احتيج إلى الإثبات .

ولا يكفي إشهاد من يعلم سفره عن قرب .

قوله : (وكذا رجل ليحلف معه في الأصح) لأنه يكفي لإثبات الأداء ، والثاني : لا ؛ لأنهما قد يترافعا إلى حنفي لا يقضي بشاهدٍ ويمين .

ومحل الوجهين : أن يموت الشاهد أو يغيب ، أما لو حضر وشهد وحلف معه الضامن عند من يحكم به . . . فإنه يرجع قطعاً ، حكاه في « المطلب » عن جماعة .

قوله : (فإن لم يشهد . . . فلا رجوع إن أدى في غيبة الأصيل وكذبه) أي : الأصيل ؛ لأن الأصل عدم الأداء .

قوله : (وكذا إن صدقه في الأصح) لأن الأصيل لم ينتفع ؛ لأن طلب المستحق مستمر ، والثاني : يرجع ؛ لاعترافه أنه إبراء ذمته .

ومحل الخلاف عند سكوت الأصيل عن الإشهاد ، فإن أمره به فتركه . . . لم يرجع جزماً ، وإن أذن له في تركه . . . رجع ، قاله في « البحر »^(١) .

وَأِنْ صَدَّقَهُ الْمَضْمُونُ لَهُ ، أَوْ أَدَّى بِحَضْرَةِ الْأَصِيلِ . . رَجَعَ عَلَى الْمَذْهَبِ .

قوله : (وإن صدقه^(١) المضمون له أو أدى بحضرة الأصيل . . رجع على المذهب) لسقوط الطلب بإقرار المضمون له ، وإقراره أقوى من البينة ، ولأن الأصيل إذا كان حاضراً . . فالتقصير بترك الإشهاد منسوب إليه .

والخلاف في الأولى وجهان ، وفي الثانية نص عليه الشافعي وجمهور الأصحاب ، قال الإسني : وليس في واحدة منهما ما يقتضي إثبات طريقين . وعبر في « الروضة » في الأولى بالأصح ، وفي الثانية : بالصحيح^(٢) ، قال الزركشي : لكن الشيخ أبا محمد حكى في الثانية طريقة قاطعة بالرجوع ، واستحسنها الإمام^(٣) ، فيتوجه التعبير بـ (المذهب) فيهما .

ولو توافق الأصيل والضامن على أنه أشهد ومات الشهود ، أو غابوا . . رجع على الصحيح .

ولو قال الضامن : أشهدت وماتوا ، وأنكر الأصيل . . فالقول قول الأصيل في الأصح .

ولو قال : أشهدت فلاناً وفلاناً فكذبا . . فكما لو لم يشهد ، ومتى لم يقم بينة بالأداء ، وحلف صاحب المال ، وأخذ منه مرة أخرى . . رجع في الأصح ، وهل يرجع بالمغروم الأول أو الثاني ؟ وجهان ، قال المصنف : ينبغي أن يرجع بأقلهما ، والله أعلم^(٤) .

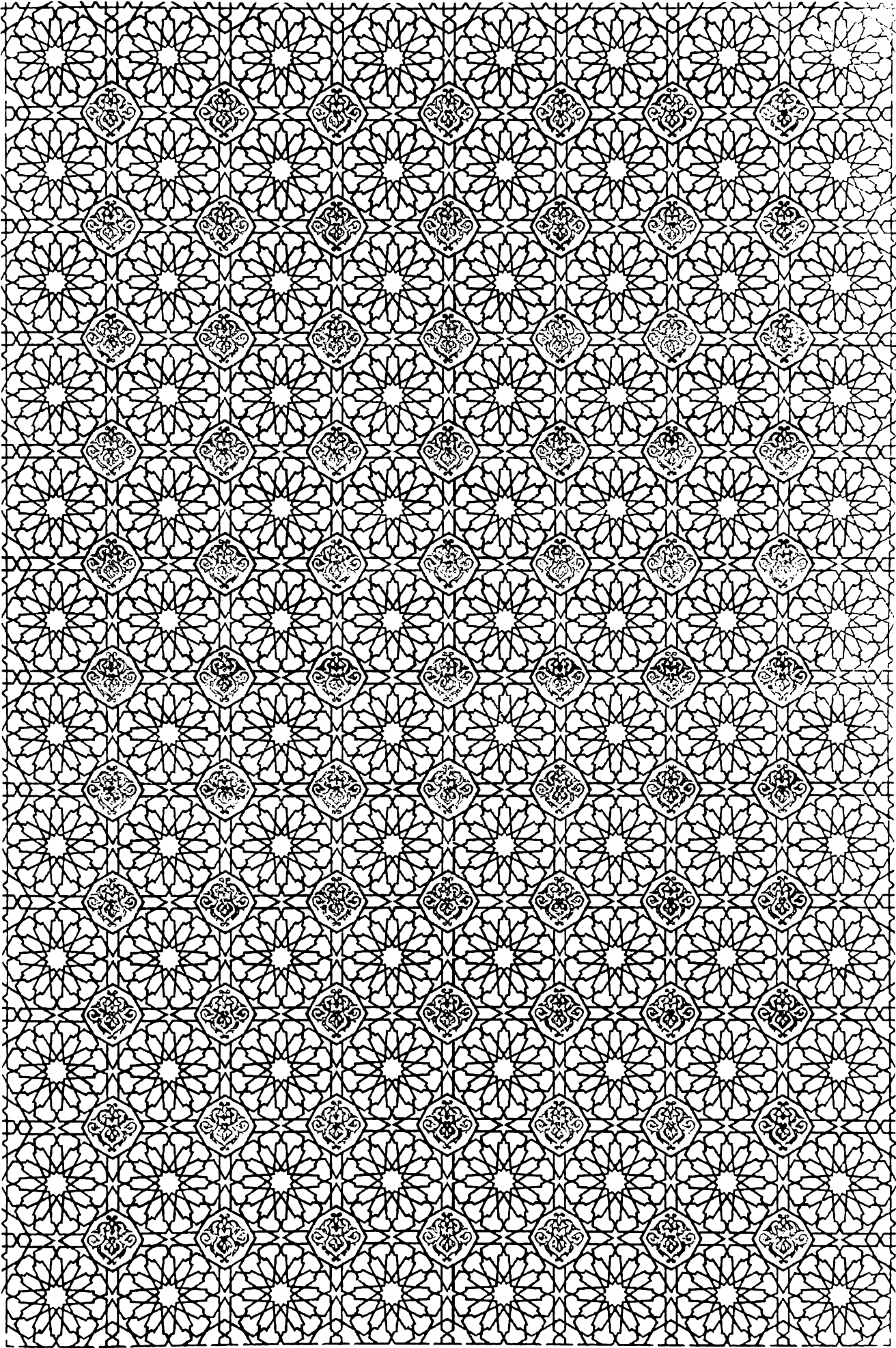
* * *

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (فإن صدقه) .

(٢) روضة الطالبين (٥٠٤ / ٣) .

(٣) نهاية المطلب (٧ / ٧) .

(٤) روضة الطالبين (٥٠٥ / ٣) .



المحتوى

٧	كتاب البيع
١٣	فرع: لو قال: بعني، فقال: قد باعك الله، أو: أقالك الله.. فكناية
	فرع: يصح البيع ونحوه من المعاملات بالعجمية مع القدرة على العربية
١٤	قطعاً، وفي النكاح خلاف
	فرع: لو باع ولده لنفسه، أو مال نفسه لولده، ففي الافتقار إلى
١٥	الإيجاب والقبول وجهان
	تنبيهان: أحدهما: سكت المصنف عن صيغة الثمن، ولا بد منه؛ بأن
١٥	يقول: بكذا... الثاني: أن إسناد البيع إلى المخاطب لا بد منه
	فرع: قال الشافعي رحمه الله تعالى: لا يجوز اقتناء الكلب إلا لصيد أو
٢٢	ماشية أو زرع وما في معناها
٢٤	فرع: قال الزركشي: يجوز بيع الزرافة؛ لأنها مأكولة قطعاً
٢٧	فائدة: الضال: يطلق على الحيوان إنساً كان أو غيره
٤٥	باب الربا
٦٣	باب في البيوع المنهي عنها وما يتبعها
٧٠	فرع: باع من رجلين سعة بألف، وشرط أن يتضامنا.. لا يصح البيع ...
٧٨	فصل في البيوع المنهي عنها التي لا يقتضي النهي فسادها
٨٩	فصل في تفريق الصفقة وتعدده
٩٧	باب الخيار
١٠٢	فصل في خيار الشرط وتوابعه

١٠٧	فصل في خيار النقيصة
١٢٩	فرع: لو اختلفا في بعض الصفات هل هو عيب
١٣٣	فصل: ففي التصرية وغيرها من التعبير الفعلي
١٣٨	باب في حكم المبيع ونحوه قبل قبضه وبعده
١٤٢	فرع: قال المتولي: وطء المشتري ليس قبضاً
١٥٣	فرع: للمشتري قبض المبيع إن كان الثمن مؤجلاً أو سلمه
١٦١	باب التولية والإشراك والمرابحة
١٧٠	باب الأصول والثمار
١٨٠	فرع: باع شجرة دخل عروقتها وورقها وأغصانها
١٨٨	فصل في بيان بيع الثمر والزرع، وبدوّ صلاحهما
٢٠٤	باب اختلاف المتبايعين
٢١٣	باب معاملات العبيد
٢١٩	فروع: فيما يتعلق بمعاملات العبد مع سيده
٢٢٣	كتاب السلم
	فرع: أطلقا العقد ثم ألحقا أجلاً في المجلس أو صرحا بالأجل ثم أسعطاه، أو عقداه حالاً ثم جعلاه مؤجلاً، أو أجلاً بأجل ثم زادا فيه أو نقصا في المجلس .. صح في الجميع
٢٣١	فصل في بقية الشروط السبعة
٢٣٩	فائدة: في (الترياق) ست لغات
٢٤٢	فرع: في السلم في الحيوان والرقيق
٢٥٢	فرع: قال السبكي: يجوز السلم في الدراهم والدنانير على الأصح ...

٢٥٢	فصل في بيان أخذ غير المسلم فيه ووقت أدائه ومكانه
٢٥٦	فصل في القرض
	فروع: لو أقرض نقداً فأبطل السلطان المعاملة به... ولو قال:
	أقرضني عشرة، فقال: خذها من فلان... ولقد قال: اقترض لي
٢٦٥	مئة ولك علي عشرة
٢٦٩	كتاب الرهن
٢٧٥	فرع: لو رهن نصيبه من بيت معين من الدار المشتركة بإذن شريكه...
٢٨٣	فصل في شروط المرهون به، ولزوم الرهن
٢٩٠	فرع: يجوز اجتماع الرهن والإجارة عندنا
٢٩٠	فرع: في الإجارة قبل القبض
٣٠١	فصل في الأمور المترتبة على لزوم الرهن
٣١٩	فصل في جناية الرهن
٣٢٤	فصل في الاختلاف في الرهن وما يتبعه
٣٣١	فصل في تعلق الدين بالتركة
٣٣٧	كتاب التفليس
٣٤٧	فصل في بيع مال المفلس وقسمته وتوابعهما
	فرع: في وجوب قضاء دين المعسر على الإمام من مال المصالح
٣٥٤	وجهان بلا ترجيح
٣٥٧	فصل في الرجوع على المفلس في المعاملة معه
٣٧٢	باب الحجر
	فرع: الخنثى المشكل إذا خرج من ذكره المنى، ومن فرجه الحيض..
٣٧٧	حكم ببلونه

فرع: ولد الأمير ونحوه؛ ممن يسان عن الأسواق . . يدفع إليه نفقة أيام	
أو شهر، وينظر تصرفه في ذلك	٣٨١
فرع: الأصح صحة وصية السفیه وتدبيره وقبوله النكاح لغيره بغير إذن	
ولیه	٣٨٧
فروع: في تصرفات السفیه	٣٨٨
فصل فيمن يلي الصبي مع بيان كيفية تصرفه في ماله	٣٩٣
فرع: قال الجرجاني: إذا لم يوجد واحد من الأولياء والحاكم . . وجب	
على المسلمين النظر في مال الصبي والمجنون	٣٩٣
فرع: ليس للولي الغني أجره ولا نفقة من مال الصبي	٣٩٨
كتاب الصلح	٤٠٣
فرع: لو ادعى داراً في يد رجلين فأقر أحدهما وصالحه عن النصف على	
عوض، فأراد المنكر أخذه بالشفعة	٤٠٤
فصل في التزاحم على الحقوق المشتركة	٤١٥
فرع: لو أنفق على البئر والنهر . . فليس له منع الشريك من سعي الزرع	
والانتفاع بالماء	٤٣١
باب الحوالة	٤٣٩
فرع: إذا كان بالدين المحال عليه ضامن . . لم ينتقل بصفة الضمان، بل	
يبرأ الضامن	٤٤٥
فرع: لو قبل المحتال الحوالة من غير اعتراف بالدين . . كان قبوله	
متضمناً	٤٤٦
باب الضمان	٤٥١
فرع: في ضمان العهدة للمستأجر وجهان	٤٥٨